Der Einfluß

der universalistischen Rechts- und Staatsauffassung
auf die beiden Rechtssätze

nullum crimen sine lege
und
nulla poena sine lege.

◆

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Edgar Förster
Referendar.

1934

MISERICORDIA-KLOSTERDRUCKEREI BRESLAU-LILIENTHAL

Gedruckt mit Genehmigung der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Nagler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die Arbeit wurde Ende Oktober 1933 abgeschlossen.

Meinen Eltern in Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0036

Inhaltsverzeichnis

Seite

1. Abschnitt: Die Entstehung der beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege und nulla poena sine lege, historisch-kritisch betrachtet 1
   I. Stand des Meinungsstreites . . . . . .
   II. Die für richtig gehaltene Meinung . . . .
      a) Der Einfluß der Theorie vom psychologischen Zwang . . . . . .
      b) Die Bedeutung der Montesquieu'schen Lehre von der Gewaltenteilung . . . . . .
   III. Der gemeinsame individualistische Kern bei Feuerbach und Montesquieu . . . . . .
   IV. Der individualistische Rechtsbegriff . . . .
2. Abschnitt: Kritik der individualistischen Grundauffassung 8
3. Abschnitt: Die Begründung der universalistischen Grundauffassung 9
   I. Der Begriff des einzelnen als Glied der Volks- und Rassengemeinschaft . . . . . .
   II. Der universalistische Rechtsbegriff . . . .
4. Abschnitt: Das Problem der Arbeit als staatspolitisches Problem 13
   I. Der Begriffsinhalt des totalen und autoritären Staates . . . . . .
   II. Kritik der Zieglerschen Antithese: Autoritärer oder totaler Staat und Begründung der eigenen Meinung . . . . . .
   III. Totaler Staat und Rechtsstaat . . . . . .
      a) der liberale Rechtsstaat als Wertung der individualistischen Grundauffassung . . .
      b) Der nationale Rechtsstaat als Wertung der universalistischen Grundauffassung . . .
   IV. Die deutsche Staatswirklichkeit . . . . .
5. Abschnitt: Folgerungen für die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege und nulla poena sine lege 21
   I. In Hinsicht auf den absolut-totalen Staat .
   II. In Hinsicht auf den beschränkt-totalen Staat
      a) die in Hinblick auf den Rechtssatz nullum crimen sine lege vorhandenen Vorschläge de lege ferenda . . . . . .
         1. Der allgemeine Vorschlag von Peters
         2. Der Vorschlag der Denkschrift des Preuß. Justizministers, Nationalsozialistisches Strafrecht, 1933 . . . . . .

Seite

b) Kritik der Vorschläge vom Standpunkt des absolut-totalen und des beschränkt-totalen Staates . . . . . .
1. Analogie . . . . . .
2. Strafbegründendes Gewohnheitsrecht .
3. Rückwirkung von Strafgesetzen, die eine vorher unverbotene Handlung unter Strafe stellen . . . . . .
c) Betrachtung des Rechtssatzes nulla poena sine lege vom beschränkt-totalen Staate her
1. Die Rückwirkung strafschärfender Gesetze . . . . . .
A) Der Entwurf von 1927 . . . . . .
B) Der Vorschlag der Denkschrift des Preuß. Justizministers, Nationalsozialistisches Strafrecht, 1933 . . . . . .
C) Kritik und eigene Vorschläge . . .
2. Die absolute Unbestimmtheit der Strafen

6. Abschnitt: Zusammenfassung der Ergebnisse und eigener Vorschlag de lege ferenda 39

Literaturverzeichnis

Andrae, Wilh.: Staatssozialismus u. Ständestaat, Jena, 1931.

Anossow, J. J.: Über die Analogie im Strafrecht in »Monatszeitschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform« Bd. 24 Heft 6.

Anschütz, Gerh.: Verfassung des deutschen Reiches, 13. Auflage, 1930.

Bähr: O., Dr.: Der Rechtsstaat, Cassel u. Göttingen 1864.

Bauer, Anton: Die Warnungstheorie, Göttingen 1830.

Binder, Julius: Philosophie des Rechts, Berlin 1925.

Binding, Karl: Die Normen u. ihre Übertretung, Band I, 3. Aufl., Leipzig 1916.

„ : Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885.

Blackstone, W.: The Commentaries on the law of England, 4. ed., London 1876 Bd. I.

Bohlen, Kurt v.: Das Verfassungsrecht des nationalen Volksstaates in JW 1933, Heft 35.

Brockendorf, Cay v.: Die englische Aufklärungsphilosophie in »Geschichte der Philosophie in Einzeldarstellungen« Bd. 24, 1924.

Buchner, Hans: Grundriß einer nationalsozialistischen Volkswirtschaftstheorie, 5. Aufl. 1933.

Cassierer, Ernst: Philosophie der Aufklärungszeit, Tübingen 1932.

Dannenberg, Herb.: Liberalismus u. Strafrecht im 19. Jahrhundert. Berlin–Leipzig, 1925.

Dahm-Schaffstein: Liberales oder autoritäres Strafrecht, Hamburg 1933.

Denkschrift des Preuß. Justizministers, Nationalsozialistisches Strafrecht, Berlin 1933.

Dennewitz, Bodo: Das nationale Deutschland ein Rechtsstaat, Berlin 1933.

Drost, H.: Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930.

Elvers, Kurt: Die Bedeutung des Satzes nulla poena sine lege in seiner historischen Entwicklung, Diss. Göttingen 1910.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs vom 19. 5. 1927.

Exner, Franz: Gerechtigkeit und Richteramt, Leipzig 1922.

Feder, Gottfried: Der deutsche Staat auf nationaler und sozialer Grundlage, 5. Aufl. München 1932.

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., 1931.

Festgabe für Julius Binder, Rechtsidee u. Staatsgedanke, 1930.

Feuerbach, Anselm v.: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 10. Aufl., 1828.

Gemmingen, Hans v.: Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers Heidelberg 1933.
Gallas, Wilh.: Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken, Berlin, Leipzig 1933 (Sonderdruck aus ZSTW Bd. 53, S. 11–28).
Gerland, Heinrich: Rechtserneuerung und Revolution in DJZ 1933.
Gogarten, Fr.: Wider die Ächtung der Autorität, Jena 1932.
Günther, A. E.: Was wir vom Nationalsozialismus erwarten 1932.
Günther: Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter, Leipzig 1907.
Heinrich, Walter: Das Ständewesen, Jena 1932.
„ : Staat und Wirtschaft, 2. Aufl. 1931 in »Bücherei des Ständestaates«, Heft 4.
„ : Die berufsständische Wirtschaft im neuen Staat in »Ständisches Leben« 1933.
Hepp, Ferd., Carl, Theod.: Versuche über Einzellehren der Strafrechtswissenschaft, 1827.
Heydebrand und der Lasa: Deutsche Rechtserneuerung aus dem Geiste des Nationalsozialismus, Berlin 1933.
Hippel, Ernst v.: Der Rechtsgedanke im neuen Deutschland in DJZ 1933, Heft 18.
Hitler, Adolf: Mein Kampf, 14. Aufl. München 1933.
Horstmann, H.: Der autoritäre Staat in »Deutsches Recht«, Zeitschrift des Bundes nat. soz. dtsch. Juristen 1933, Heft 4.
Haelschner, H.: Das gemeine Strafrecht Bd. I, 1881.
Jander, Walter: Die geistigen Grundlagen des ständischen Aufbaus in »Ständisches Leben« 1933, Heft 9.
Karrenbrock, P.: Recht und Wirtschaft in der ständischen Ordnung, 1932 in »Bücherei des Ständestaates« Heft 6.
Koellreutter, O.: Der nationale Rechtsstaat, 1932 in »Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart« Heft 89.
„ : Der nationale Rechtsstaat in DJZ 1933, Heft 8.
„ : Volk und Staat in der Verfassungskrise, 1933.
„ : Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution 1933, in »Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart«, Heft 101.
Lassalle, Ferd.: System der erworbenen Rechte, 2. Aufl.
Locke, John: Two treatises of Government in The Works of J. Locke, London 1801.
Longert, Wilh.: Liberale oder organische Staats- u. Wirtschaftsordnung, 4. Aufl. 1931 in »Bücherei des Ständestaates« Heft 4.
Leipziger Kommentar von Ebermayer, Lobe Rosenberg, 4. Aufl. 1929.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des dtsch. Strafrechts Bd. I, 1932.
Mezger, Edmund: Strafrecht, 2. Aufl. München, Leipzig 1933.
Momsen, Theodor: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
Montesquieu: Oeuvres publiés par Edouard Laboulay, Paris 1877.
Nagler, Joh.: Die Strafe, 1. Hälfte, 1918.
„ : Anlage, Umwelt und Persönlichkeit des Verbrechers in GS Bd. 102, S. 451.
„ : Staatsidee und Strafrecht in GS Bd. 103, I.

Nicolai, Helmut: Rassengesetzliche Rechtslehre, 2. Auflage München 1933.
„ : Grundlagen d. kommenden Verfassung, München 1933.
„ : Die rückwirkende Kraft von Strafgesetzen in JW 1933 Heft 42.
Ortolan, B.: Elements de droit pénal, 4. éd. par Bonnier, Paris 1875.
Osterwald,: Revolution und Rechtspolitik im Archiv für Rechts= und Wirtschaftsschaftsphilosophie Bd. 26, Heft 4.
Peters, Karl: Nationalsozialismus und Strafrecht in JW 1933, Heft 27/28.
Sauer, Walter: Wendung zum nationalen Strafrecht im GS Bd. 103, Heft 1/3.
Schmid, R.: Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen im Gebiete des bürgerlichen und peinlichen Rechts, 1863.
Schmitt, Carl: Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931.
Schottländer, A.: Die geschichtliche Entwicklung des Satzes nulla poena sine lege in Straf. Abh. Heft 132.
Seeger, Herrmann: Über rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, Tübingen 1862.
Spann, Othmar: Der wahre Staat, 3. Aufl. Jena 1931.
Tartarin=Tarnheyden: Verfassungsneubau zum völkischen Rechtsstaat in DJZ 1933.
Teuber, Ilse: Beiträge zur Geschichte des Satzes nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, Diss. Breslau 1932 (Maschinenschrift).
Traeger: Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze in VDA VI.
Wachenfeld, Fr.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1914.
Walz, Gustav: Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat in DJZ 1933 Heft 20.
Zaitzeff,: Das Strafrechtswesen im Sowjetstaat in ZSTW Bd. 51, S. 1 ff.
Ziegler, Heinz=O.: Autoritärer oder totaler Staat, 1932 in »Recht u. Staat in Geschichte u. Gegenwart« Heft 90.

Abkürzungen

E	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung.
GS	= Gerichtssaal.
JW	= Juristische Wochenschrift.
Straf. Abh.	= Beling, Strafrechtliche Abhandlungen.
ZSTW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Ztschr. Krim.	= Monatszeitschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.

Das gesetzte Recht gibt Aufschluß über die wirtschaftlichen und politischen Tatsachen eines Staates. Umwälzungen auf diesen Gebieten finden bald ihren Ausdruck in der Gesetzgebung. Der deutsche Mensch des zwanzigsten Jahrhunderts steht mitten drin in einem solchen Umbruch. Die Neuordnung in Staat, Wirtschaft und Recht geht in Gegenstellung zu liberalistisch-individualistischem Geistesgut vor sich. Für jede wissenschaftliche Arbeit, die de lege ferenda beitragen will zum Aufbau der kommenden ständisch-nationalen Lebensordnung ist daher die Hauptfrage diese: Aus welcher geistigen Grundhaltung heraus ist die zu untersuchende Frage de lege lata geregelt? Welches ist der Kern des »Neuen«, das nach Formen ringt? Nur so können Erkenntnisse gewonnen werden, was für den Neubau verwendbar und was auszuscheiden ist.

Wenn nun für das Strafrecht die Frage gestellt wird, ob die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege und nulla poena sine lege der universalistischen Rechts- und Staatsauffassung entsprechen, so muß vorweg ihr Ursprung aufgezeigt werden. Nur auf einer historisch-kritischen Betrachtung aufbauend können weitere Ergebnisse gewonnen werden.

1. Abschnitt:

Die Entstehung der beiden Rechtssätze historisch-kritisch betrachtet.

I. Die Herkunft der Rechtssätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege ist bestritten. Es stehen sich in der Hauptsache drei Meinungen gegenüber. Die eine sieht das römische Recht als Quelle an.* 1) Neuestens findet sich diese Auffassung in der »Denkschrift des Justizministers: Nationalsozialistisches Strafrecht«, 1933, in der nulla poena sine lege als ein individualistisch-römischrechtlicher Grundsatz bezeichnet wird.*2) Diese Meinung stützt sich auf Digesten 50, 16, 131, (Ulpianus).* 3)

* 1) vgl. Hepp a. a. O., S. 29; Momsen, S. 57; Bauer, S. 145.
* 2) vgl. Denkschrift, S. 115, 127.
* 3) »poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est«.

Hierin ist aber nur gesagt, daß der Ausspruch einer peinlichen Strafe von einem Gesetz oder einem anderen Recht abhängt. Daraus nun die Folgerung zu ziehen, »kein Delikt ohne Kriminalgesetz, kein Strafprozeß ohne Prozeßgesetz, keine Strafe ohne Strafgesetz«* 4) ist nicht angängig; denn die Rechtssätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege haben nur dann einen Sinn, wenn eine erschöpfende strafrechtliche Regelung vorliegt, das Gesetz also weitgehendst lückenlos ist. Ein römisches Strafrecht als ganzes ist aber nicht überliefert. Weiterhin fehlt es an einer Grundvoraussetzung, dem Gegensatz zwischen Staat und einzelnen; denn nach der damaligen Anschauung waren Staat und Volk eine Einheit. Eine Gleichstellung von Staat und einzelner, und damit die Forderung nach Abgrenzung der individuellen Sphäre, gab es nicht.* 5)

Eine andere Meinung wird von Ilse Teuber vertreten, die nachzuweisen versucht, daß zu verschiedenen Zeiten »in römischen, sowie insbesondere im germanischen Recht«* 6) der Wille des Gesetzgebers spürbar ist »sich über die Richter zu erheben, durch Vorschriften, die ihnen die ausschließliche Anwendung des Gesetzes zur Pflicht machen.«* 7). Die von Teuber als Beleg angeführten Stellen aus dem römischen Recht und aus der früh- und spätmittelalterlichen Zeit zeigen zwar Anklänge an die beiden Rechtssätze. Hieraus aber »das Vorhandensein für beide Epochen«* 8) zu folgern, dürfte zu weitgehend sein.* 9)

---

* 4) vgl. Momsen a. a. O.
* 5) vgl. Schottländer, S. 13; Elvers, § 1, S. 7.
* 6) vgl. Ilse Teuber, S. 91.
* 7) Für das römische Recht verweist Teuber auf Digesten 50, 16, 131 (Ulpianus), für das frühe Mittelalter bis zum Verfall der fränkischen Monarchie werden angeführt: Lex Salica Tit. 57, 1, Lex Ribuaria Tit. 51, 2, Lex Wisigothorum Buch II, I, 1, V, 12, Lex Baiwariorum Tit. II, c. 15, 2, 18. Diese Belegstellen werden als eine frühe Stufe des Rechtssatzes angesehen vgl. Teuber, S. 28–42; für das neben den Volksrechten entwickelte Reichsrecht (Capitulare) werden herangezogen: Capitulare primus v. 789, cap. 1; Capitulare v. 802, cap. 26; Capitulare v. 793, cap. 10 vgl. Teuber, S. 43 ff.

Für das späte Mittelalter werden die Rechtsbücher, Schöffensprüche und Stadtrechte herangezogen: Sachsenspiegel Buch II Art. 12 § 9, Buch II Art. 13 § 8; Spiegel deutscher Leute § 108; Schwabenspiegel § 116; das Rechtsbuch nach Distinctionen Buch IV, Cap. 25, XIV; die Magdeburger Fragen Buch I, Kap. 3, 2; Statut von Verden v. 1330 § 21; Straßburger Stadtrecht v. 1279 IV, 2, 13; Rotes Buch von Ulm Kap. 466 vgl. Teuber, S. 54 ff
* 8) vgl. Teuber, S. 83
* 9) Im Gegensatz hierzu verweist die Denkschrift darauf, daß im deutschen Mittelalter „die Bestrafung an die Vosaussetzung der geschriebenen Satzung nicht gebunden" war und stützt sich hierbei auf Art. 105 CCC. Diese Auffassung ist aber nur mit der Einschränkung richtig, daß „die Pönalisierung einer Handlung durch den sogen. Gerichtsbrauch" untersagt war (Art. 104 CCC), wobei aber nicht die Analogie verboten ist. vgl. hierüber Binding, Handbuch, S. 19.

II. Es wird vielmehr die Auffassung für richtig anzusehen sein, die die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege als Ausfluß der naturrechtlichen Entwicklung bezeichnen, die in der Gesetzgebung der französischen Revolution von 1789 ihren Ausdruck fand.* 10) Erst hier wurde das Verhältnis des Staates zum einzelnen im Sinne der individuellen Freiheit des einzelnen abgegrenzt, erst in dieser Zeit findet sich eine umfassende strafrechtliche Reglung.

a) Ideengeschichtlich weisen die beiden Rechtssätze zwei Wurzeln auf: eine strafrechtliche und eine staatsrechtliche. Die strafrechtliche finden wir in der Theorie vom psychologischen Zwang bei Anselm von Feuerbach, dem Hauptvertreter des politischen Liberalismus. Nach ihm wird der Trieb zur Tat durch die Überlegung gehindert, daß ihr mit Notwendigkeit ein Übel folgt, das »größer ist als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur Tat entspringt«.* 11) Dieser psychologische Zwang wird also vor Vollendung der Rechtsverletzung wirksam und ist ein Kampfmittel gegen die Neigung zur Gesetzesübertretung. Hierzu aber ist es notwendig, daß das Gesetz eine genau bestimmte Strafdrohung enthält, damit der Täter die Gewißheit hat, bei Übertretung des Gesetzes dieser bestimmten Strafzufügung ausgesetzt zu sein. So wird die gesetzliche Strafdrohung als Hemmung des Verbrechenstriebes in der Seele des Täters angesehen und trägt zur Verbrechenshinderung bei.* 12) Wenn aber das Strafgesetz diese Aufgabe hat, so ist es nur folgerichtig, wenn Feuerbach als erster zur Aufstellung der beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege gelangt.* 13)

---

* 10) vgl. Binding, Handbuch, § 4, S. 19; Schottländer a. a. O. Liszt-Schmidt, § 18 II, Anm. 3

* 11) vgl. Feuerbach, Lehrbuch § 13, S. 14-15.

* 12) vgl. hierüber Nagler, die Strafe § 21, S. 383; ferner Binding, Handbuch, § 4, S. 20 f.

* 13) vgl. Feuerbach, Lehrbuch, § 20, S. 18; Neben dem psychologischen Zwang ist aber nach Feuerbach auch der physische Zwang bedeutsam, den der Verbrecher nach der Gesetzesverletzung durch den Staat erleiden muß.

Die Berechtigung dieses physischen Zwanges leitet Feuerbach aus dem Staatszweck her. Für ihn ist der Staat die „durch Unterwerfung unter einen gemeinschaftlichen Willen und Verfassung organisierte bürgerliche Gesellschaft" (Lehrbuch, § 8 S. 12). Als Zweck des Staates begreift er die „Errichtung des Rechtszustandes, d h. das Zusammenbestehen der Menschen nach dem Gesetz des Rechtes". Das Recht wiederum ist für ihn die Summe der Gesetze, die die Freiheit des einzelnen gewährleisten. Die Rechtsverletzung verstößt somit gegen den Staatszweck. Rechtsgrund der Strafe ist für Feuerbach daher die Notwendigkeit, „die wechselseitige Freiheit aller aufrechtzuerhalten" (Lehrbuch, §. 15, S. 15), „Rechtsgrund der Zufügung" des angedrohten Übels „ist die vorhergegangene Drohung des Gesetzes" (Lehrbuch, § 17 S. 16).

b) Die andere Wurzel der beiden Rechtssätze ist eine rein staatspolitische. Sie liegt bei der Montesquieuschen Lehre von der Teilung der Gewalten, die Ausdruck des Befreiungskampfes ist, den der einzelne gegen die Eingriffe des absoluten Staates in seine Lebenssphäre führt. Diese Kampflehre wendet sich gegen die Richterwillkür der damaligen Zeit und fordert eine unbedingte Bindung des Richters und der Verwaltung an das Gesetz. Hierzu sind die Zuständigkeiten der richterlichen, gesetzgebenden und ausführenden Gewalt auf das genaueste abzugrenzen. Durch die Absonderung der richterlichen Gewalt nicht nur von der gesetzgebenden, sondern auch von der ausführenden Gewalt hat Montesquieu den Richter noch mehr auf sich gestellt:

> »Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire: car le juge seroit législateur.* 14)

Der Richter ist also lediglich Anwender, d. h. Werkzeug des Gesetzes:

> »Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi«.* 15)

Damit ist jeder selbständige richterliche Denkakt wie Auslegung und Anwendung von Analogie verboten, da diese als Eingriffe in die gesetzgebende Gewalt zu werten sind. Die Gesetze hat der Richter anzuwenden und die darin bestimmten Strafen auszusprechen. Diese Pflicht des Richters wird somit zum Recht des Angeklagten, der fordern kann, daß bei Aburteilung der Straftat der Richter sich an das geschriebene Gesetz hält und die Tat unter die dort festgelegten Tatbestände subsumiert und weiterhin die hier angedrohten Strafen ausspricht. So sind die beiden Rechtssätze eine Folge der Montequieuschen Lehre von der Gewaltenteilung.* 16)

III. Beide Begründungen haben jedoch einen gemeinsamen Stamm: die Lehre von der persönlichen Freiheit des einzelnen, die aus dem Verhältnis des einzelnen zum Ganzen hergeleitet

* 14) vgl. Montesquieu, Oeuvres par Laboulaye, Livre XI, chap. VI, S. 8.
* 15) vgl. Montesquieu, Oeuvres, Livre XI, chap. VI, S. 18.
* 16) Nagler hat bereits in seinem Werk »Die Strafe«, 1. Hälfte 1918 § 5, S. 76 darauf hingewiesen, daß der Satz nulla poena sine lege sich lediglich staatspolitisch rechtfertige; er sei »Gewähr der Bürgerfreiheit, eine magna charta des Staatsbürgers als solcher gegen Richterallgewalt«. vgl. ferner Nagler GS Bd. 103, VII Anm. 9; Dahm-Schaffstein, S. 8-9; Binding, Handbuch, S. 21; Schottländer, S. 48 Elvers, S. 18.

wird.* 17) Die grundlegenden Gedanken finden sich bei den englischen Philosophen,* 18) deren Nachfolger dann u. a. ein Rousseau wurde.* 19) Das für diese Arbeit wesentliche soll an der Lehre des englischen Philosophen John Locke dargelegt werden.

John Locke geht von der geistigen Selbstbestimmtheit des einzelnen aus und kommt so zur grenzenlosen Freiheit, in der die Menschen im vorstaatlichen Raume lebten (Naturzustand). Die Staatenbildung wird in der Weise gedacht, daß die einzelnen zusammentreten und durch Vertrag auf einen Teil ihrer Rechte verzichten, um den ihnen verbleibenden um so sicherer und ungehemmter nachgehen zu können. Die vielen Einzelverzichte nun stellen eine stattliche Summe von Rechten dar, die einem Wachorgan übertragen werden, das, mit Zwangsmitteln ausgestattet, für die Einhaltung des Urvertrages zu sorgen hat.* 20)

Der Wille des Herrschaftsorganes, der sich im Erlaß von Gesetzen äußert, ist daher Folge der Einzelwillen der Vertragsschließenden. Die Befolgung der Gesetze wiederum wird durch Strafen erzwungen, die aber nicht willkürlich ausgesprochen werden dürfen: denn die Einschränkung der Freiheit des einzelnen gründet sich auf Zweckmäßigkeitserwägungen, und die von den Menschen vertraglich eingesetzte Wachgewalt ist nur dazu da, um das allgemeine Wohl, die Ausübung der nicht verzichteten Freiheiten des einzelnen zu gewährleisten. Daher müssen die Gesetze dem einzelnen bekannt sein und er muß wissen, welche Strafen er für den Fall der Übertretung zu gewärtigen hat.* 21)

---

* 17) Der Ursprung des individualistischen Ideenkreises liegt in der Renaissance. Hier waren es die Naturwissenschaften, die ihre zu der damaligen Zeit unerhörten Erkenntnisse auf das menschliche Leben anwandten, um sein Ordnungsprinzip zu erkennen. Als Urelement menschlichen Lebens wurde das Individuum entdeckt. Die analytische Denkrichtung setzte an Stelle des mittelalterlichen Universalismus den einzelnen. Das Naturrecht war es dann, das hieraus ein festgefügtes individualistisches Lehrgebäude errichtete. vgl näheres hierzu Spann, Der Wahre Staat, S. 61 ff.

* 18) Hier sind vor allem Hobbes, Locke, Hume zu nennen; vgl; nähers Brockendorff in Bd. 24 der »Geschichte der Philosophie« München 1924.

* 19) Inwieweit nun die Philosophen der Aufklärungszeit voneinander abweichen, kann für diese Arbeit dahingestellt bleiben; näheres hierüber bei Cassierer, S. 343-47, 354. Wichtig allein ist, daß sie sämtlichst vom autarken Individuum ausgehen und zum Staat über den Urvertrag hin gelangen.

* 20) Je nachdem diese Tätigkeit einem einzelnen übertragen wird (aufgeklärter Absolutismus) oder mit der Ausübung eine Vielheit betraut wird (Demokratie) bestimmt sich die Staatsform; vgl. hierzu Othmar Spann, Der Wahre Staat, 1931, § 5, S. 16-18; ferner Andrae, Staatssozialismus und Ständestaat, 1931, S. 64.

* 21) vgl. John Locke Boook II, chap. XI § 137, S. 420 „And therefore,

Hierauf aufbauend kommt dann der Rechtsphilosoph William Blackstone zu seiner Unterscheidung von absoluten und relativen Rechten. Unter absoluten Rechten versteht er die dem Menschen als einzelnen zustehende Rechte, unter relativen Rechten, die sich aus seiner Mitgliedschaftsstellung ergebenden. Beim Eintritt in die Gesellschaft gibt nun der einzelne einen Teil der natural liberty (Summe aller absoluten Rechte) als Entgelt für die Gewährleistung des Restes dieser Rechte auf. Diese Rest-Rechte sind das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit, Genuß des Privateigentums und werden durch das Gesetz geschützt. Die Bestimmtheit der gesetzlichen Strafen für die Übertretung der Gesetze ist nach Blackstone deshalb erforderlich, weil ja sonst die natural liberty aufgegeben würde.* 22) Wir erkennen hiermit, daß das staatliche ius puniendi aus dem »Staatsvertrag« hergeleitet wird. Den Verzicht auf einen Teil der Rechte haben die einzelnen nur deshalb ausgesprochen, um die ihnen verbleibenden um so ungehemmter ausüben zu können.* 23) Für die Grundsätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege ist dann nur noch die Formulierung nötig.

Zum ersten Male nachweisbar finden wir diese in der Magna Charta. Von hier aus gelangt sie über die Verfassung der nordamerikanischen Staaten in die französische Revolutionverfassung.* 24) Ihre gesetzliche Normierung bringt dann Art. 8 der Menschenrechte v. 28. 8. 1789:

> »Nul ne peut être puni qu'en vertue d'une loi établie et promulgée antérieurement au delit et légalement appliqués.«

Von Frankreich aus dringen dann diese beiden Rechtssätze mit der Forderung des Verfassungsstaates in Deutschland ein.* 25) So finden wir denn im preußischen Strafgesetzbuch vom Jahre 1851 eine fast wörtliche Übersetzung des Art. 4 code pénal:

---

watever form the commonwelth is under, the ruling power ought to govern by declared und received laws, and not by extemporary dictates an undetermined resolutions" ..... und wenige Zeilen später: „the people may know their duty und be safe and secure within the limits of the law; and the rulers too kept within their bounds, and not be tempted by the power they have in their hands, to employ it to such purposes, and by such measures, as they would not have known, and own not willingly."

* 22) vgl. William Blackstone, The Commentaries on the law of England, 4 ed, London, 1876 Bd. I, S. 95 ff.

* 23) über die Herleitung des ius puniendi aus dem Staatsvertrag näheres bei Günther Strafrechtsreform S. 146-147 mit dankenswerten Zitatennachweisen.

* 24) vgl. Schottländer, S. 53 ff.

* 25) Es sei hier darauf hingewiesen, daß das allgemeine Gesetz über Verbrechen und Strafen Joseph II. v. 13. 1. 1787 die Forderung des politischen Liberalismus vorwegnimmt. § 1 Kap. 1 Teil I

»Kein Verbrechen, kein Vergehen, keine Übertretung kann mit einer Strafe belegt werden, die nicht gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.«

Diese Bestimmung wurde dann in das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund und damit in das deutsche Reichsstrafgesetzbuch vom Jahre 1871 übernommen und ist somit das Bindeglied zwischen dem Rechtszustand der französischen Revolution und der heute in § 2 Abs. 1 St.G.B. de lege lata bestehenden Reglung.

IV. Wir haben mit Vorstehendem den Beweis geführt, daß die Rechtssätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege eine Folge naturrechtlichen Denkens sind, das auf zwei Wegen, einem strafrechtlichen (Feuerbach) und einem staatspolitischen (Montesquieu) in Gegenstellung zum Absolutismus zur Forderung des politischen Liberalismus wurden.* 26) Ausgangspunkt dieses Denkens war das Individuum, das mit den anderen einzelnen aus Nützlichkeitserwägungen durch Vertrag den Staat bildete. Die Wachgewalt, wie ich sie nannte, hatte durch Gesetze die Befolgung des Urvertrages durchzusetzen. Die Gesetze wiederum sind für den Staat die Schranke seines Tätigwerdens gegenüber dem einzelnen. Der Staat hat somit nur die gesetzlich festgelegten Rechte. Folglich kann das Recht nur als Summe der in den Gesetzen enthaltenen Rechtsnormen begriffen werden. Die individualistische Auffassung gelangt also vom einzelnen her über den Staat zum Recht. Damit war die Trennung vollzogen von Recht und Moral. Damit

»klammerte« man »sich an den Buchstaben, erforschte diesen ohne Rücksicht darauf, wo er her kam, hielt nur das für Recht, was als solches vom Staate gesetzt war und erklärte kurzer Hand alles das für Recht, was der Staat in die Gesetzbücher hineinschrieb.«* 27)

Das Recht ist also individualistisch gesehen ein Mindestmaß an Freiheitsbeschränkungen des einzelnen. Es ist die Summe der Regeln, die dem einzelnen das Höchstmaß an Freiheit gewähren. Es ist »äußere technische Notwendigkeit« und damit »wesenhaft verschieden von der Moral«.* 28)

---

bringt den Rechtssatz nullum crimen sine lege. In § 13 Kap. 2 Teil I wird dann in Bezug auf die Strafen ausgesprochen, daß der Richter an das Gesetz gebunden ist. vgl. hierzu Schottländer, S. 49; Drost, S. 99.

* 26) vgl. Dannenberg, Liberalismus und Strafrecht, S. 3.

* 27) vgl. hierzu Nicolai, Rassengesetzliche Rechtslehre 1933, S. 24.

* 28) vgl. Spann, Wahre Staat, S. 19, 49; Karrenbrock, Recht und Wirtschaft in „Bücherei des Ständestaates" Heft 6, 1932, S. 15 ff.

2. Abschnitt:

Kritik der individualistischen Grundauffassung.

Die Kritik der individualistischen Rechtsauffassung hat von dem Begriff des »absoluten einzelnen« auszugehen. Und zwar muß mit Spann danach gefragt werden, wie »das geistig auf sich allein Gegründete an ein Ganzes anknüpft, ... an das gesellschaftliche Ganze und an das Weltganze«; denn im Verhältnis des einzelnen zum Ganzen zeigt sich, »ob sein inneres Wesen richtig erfaßt wurde und ein begriffliches Verhältnis der Eingliederung sich ergibt«,*29) Es ist dies der gleiche Gedanke, der bei Nicolai wiederkehrt, wenn er bei der Frage, ob die individualistische Rechtsanschauung richtig ist, nach dem Maßstab der Richtigkeit eines Gedankens überhaupt sucht und hierbei ausführt:

> »Ein Gedanke ist richtig, wenn er sich einem übergeordneten Ganzen harmonisch, lückenlos und reibungslos einordnet. Die Richtigkeit ergibt sich aus der Harmonie aller Erscheinungen. Ein Gedanke, der einem anderen Gedanken widerspricht, ist nicht richtig, wenn dieser andere Gedanke richtig ist. ‚Der Gedanke der Richtigkeit bedeutet ein einheitlich geordnetes Vorstellen. Richtig heißt soviel wie: einheitlich geordnet. Es bildet den Gegensatz zu einem wilden und wirren geistigen Erleben' (Stammler).«*30)

Bereits die »Anknüpfung an das gesellschaftliche Ganze« (Spann), das Einfügen in die »Harmonie aller Erscheinungen« (Nicolai) ist für den Individualismus unmöglich; denn das »absolute Individuum«, das seine geistige Wesenheit aus sich selbst gewinnt, bildet mit den anderen einzelnen nur »ein Reich isolierter, selbstgenügsamer Geistigkeiten«.*31) Spann bringt hierfür das anschauliche Bild des Baumes, der durch eigene Kraft emporgewachsen, sich gestaltet. Die Menschheit gleicht dann dem Wald, der aus »selbständigen Wachstumskräften« besteht. Es erweist sich, daß die Anknüpfung der für den Individualismus »autarken Persönlichkeit« an das gesellschaftliche Ganze scheitert. Auch die Anknüpfung an das »Weltganze« mißlingt; denn Mittelpunkt der Welt ist dem Individualismus ebenfalls der durch sich selbst bestimmte einzelne. Wir erkennen, um mit Stammler zu sprechen, daß der Individualismus nur »wildes und wirres geistiges Erleben« gibt.

*29) vgl. Spann, Wahre Staat, S. 21
*30) vgl. Nicolai, Rassengesetzliche Rechtslehre, S. 25
*31) vgl. Spann, Wahre Staat, S 21; vgl. auch Feddersen, Der Weg zum neuen Reich in Schmollers Jahrbuch 1933, Heft 4, S, 16.

Damit ist der Begriff des »absoluten einzelnen« als ein Irrtum erkannt, folgeweise muß die individualistische Begriffsvorstellung von Staat und Recht ebenso falsch sein.

3. Abschnitt:

Die Begründung der universalistischen Grundauffassung.

Mit der Ablehnung des individualistischen Rechts- und Staatsbsgriffes stehen wir mitten drin in der durch die nationale Revolution zum Durchbruch gekommenen Gedankenwelt. Die Auffassung über das Verhältnis des einzelnen zur Gesamtheit hat sich grundlegend gewandelt.*32) Der einzelne als »autarke Persönlichkeit« wird als lebensunwahr empfunden, eine Meinung, die nach oben Dargelegten für richtig angesehen werden muß. Wie aber ist das Verhältnis »einzelner – Gesamtheit« nunmehr logisch-richtig aufzufassen?

I. Obersatz der neuen Auffassung ist: Das Ursprüngliche ist das Ganze, der einzelne hat nur gliedliche Bedeutung; er ist eingeordnet dem Überindividuellen, der Volks- und Rassengemeinschaft.*33) Sein Verhältnis zu dieser ist ein geistig-sittliches. Ein geistiges deshalb, weil der einzelne sein »geistiges Sein« nur durch den anderen gewinnen kann; denn Denken, das zum »geistigen Sein« führt, ist nur in »Gezweiung« »durch Mitdabeisein des anderen« möglich.*34) Sittlich ist die Bezogenheit deshalb, weil die Daseinsvoraussetzungen des Ganzen

*32) Nagler hat bereits 1918 in seinem Werk »Die Strafe«, § 23 Anhang, S. 507 als Zeitsympton das Herausstreben des Individuums „aus dem mechanischen Getriebe" erkannt. Er verkündet die Wiederanknüpfung an die idealistischen Lebensformen". Diese Anknüpfung soll jedoch keine absolute Rückkehr sein, sondern das Streben nach einer neuen Stufe der Wirklichkeit . . . . , auf der sich der vom Realismus im einzelnen gebotene Lebensinhalt mit dem gestaltenden Wirken geistiger Konzentration verkettet".
Aus der neuesten Zeit vgl. hierzu den andeutenden Aufsatz von Gerland, Rechtserneuerung und Revolution in DJZ 1933, S. 1065 f. s. auch Osterwald, Revolution und Rechtspolitik in Arch. f. R. Ph. Bd. XXVI, Heft 4, S. 456.

*33) Dieses heute neue Denken hat eine tausendjährige Vergangenheit. Der universalistische Gedankenkreis geht von Platon über Aristoteles zur deutschen Romantik; vornehmlich sind es Fichte, Schelling, Hegel, Adam Müller, Görres u. a. vgl. nähers hierzu Spann, Wahre Staat, S. 25, 31, 68 ff, mit Zitatennachweise. Ferner s. Heinrich, das Ständewesen, 1932, S. 283 ff.
Nach dem Untergang der ständischen Staatswirklichkeit des Mittelalters beschränkt sich die ständische Idee auf das staatstheoretische Schrifttum. Innerhalb dieses Schrifttums sind drei Gruppen erkennbar: die universalistische Schule Othmar Spann als Mittelpunkt, ferner der italienische Faschismus und schließlich das katholische Schrifttum.

*34) vgl. Spann, Wahre Staat, S. 26 f.

auch die des einzelnen sind. Hieraus ergibt sich, universalistisch gesehen, die Schiefheit im Ausdruck, wenn von einer Aufopferung des einzelnen zugunsten der Gesamtheit gesprochen wird. Ein Opfer kann es vom Universalismus her gesehen nicht geben; denn wenn die Gemeinschaft angegriffen wird, wird damit logisch-notwendig der einzelne angegriffen. Die Abwehr dieser Angriffe von der Gesamtheit ist also Abwehr auch für den einzelnen. Spann bringt hierfür das anschauliche Bild vom Kranken, dem der Arm abgenommen wird und fragt:

> »Hat es einen Sinn zu sagen, der Arm opfere sich dem Ganzen, um dieses zu erhalten?«.* 35)

Es ist also so, daß einzelner und Gesamtheit einen lebensvollen Organismus bilden. Im nationalsozialistischem Schrifttum wird diese Beziehung richtig erkannt:

> »Die wechselseitige Durchdringung* 36) die Erfüllung und Ergänzung beider schafft den lebendigen Organismus artverwandter und arteigener Gemeinschaftsverrichtungen, an dem nicht ein einziges Glied fehlen kann, ohne daß die Gesamtwohlfahrt irgendwie in Mitleidenschaft gezogen wird«.* 37)

Und an anderer Stelle:

> »Für den Nationalsozialismus erscheint als höchste Gemeinschaftsform das Volk, das Vaterland als überindividuelle körperliche und geistige Wesenheit, der eine selbstgerechtsame Objektivität und damit der bedingungslose Vorrang vor dem einzelnen zukommt«.* 38)

Wenn jedoch Buchner weiter sagt:

> »Dafür sich zu opfern, ein Höchstmaß von Hingabe zu betätigen, Gruppen und Einzelinteressen zurücktreten zu lassen, erscheint als höchstes und letztes Ziel«* 39)

so gibt er damit ein Beispiel, wie dem Menschen unserer Zeit die alte individualistische Sprechweise anhaftet und wie schwer es sein wird auch im Ausdruck das angebliche Opfer als sittliches Erfordernis aus dem Verhältnis des einzelnen zum Ganzen begreifbar zu machen; denn der einzelne als Glied des Ganzen steht und fällt mit diesem.* 40)

* 35) vgl. Spann, Wahre Staat, S. 38.
* 36) vom einzelnen und Ganzen ist hier gemeint.
* 37) vgl. Buchner, Grundriß, S. 30
* 38) vgl. Buchner, Grundriß, S. 43
* 39) vgl. Buchner, Grundriß a. a. O.
* 40) vgl. Spann, Wahre Staat, S. 38

Ebenso unrichtig wie das Opfer des einzelnen zugunsten der Gesamtheit ist nun die Annahme, der einzelne müsse sich vom Boden des Universalismus her selbst aufgeben. Auch hier offenbart sich individualistisches Denken; denn der Universalismus gliedert den einzelnen in das Überindividuelle ein. Damit muß der einzelne in seiner »eigensten Selbstvollendung« das Ganze verwirklichen. Es ist also so, daß ich Persönlichkeit habe,

> »indem ich mich weiß als Glied des Ganzen, insofern ich in meinem Bewußtsein dieselbe Vernunft wirksam und lebendig weiß, die zugleich die Idee des Ganzen ist«.* 41)

Damit fordert der Begriff der Gemeinschaft die Einmaligkeit des einzelnen. Hierin liegt die Erklärung von Führerpersönlichkeiten.* 42) Dies dürfte auch der Kern der Buchnerschen Auffassung sein:

> »Weder die Ganzheit noch der einzelne erscheint der nationalsozialistischen Staats- und Wirtschaftsauffassung als ‚abgeleitet, zweitrangig, abhänging, nachträglich'«.* 43)

II. Mit dieser Erkenntnis ist die Grundlage für den Aufbau des universalistischen Rechtsbegriffes gewonnen. Wir haben erkannt,

> »daß der einzelne in seinem Fürsichsein garnicht als vernünftig angesehen werden kann, sondern vernünftig ist nur als Teilhaber an der großen menschlichen und nationalen Gemeinschaft, die die Erscheinungsform der überpersönlichen Vernunft ist. . . . Das ist es, was man als Transpersonalismus bezeichnet«.* 44)

Wenn also der einzelne Glied der nationalen Lebensordnung ist, so kann das Recht, dem er gehorcht, ebenso nur ein Stück des Lebens der Gemeinschaft sein. Hieraus folgt, daß Recht, Sittlichkeit und Moral eine Einheit bilden;* 45) denn wenn der einzelne nur als Glied des Ganzen seine sittliche Bestimmung erfüllt, so muß das Recht als Stück des Lebens der Gemeinschaft durch und durch sittlich sein. Es ist also so, daß

> »die Anerkennung der Wahrheit als sittlich verpflichtende Macht . . . schon deshalb vorhanden sein« muß,

---

* 41) vgl. Binder, Rechtsphilosophie § 8, S. 288.
* 42) vgl. Spann, Wahre Staat S. 34. s. auch Longert, Liberale oder organische Staats- und Wirtschaftsordnung in Ständestaatsbücherei Heft 2, 1931 S. 36.
* 43) vgl. Buchner, Grundriß, S. 30.
* 44) vgl. Binder, Rechtsphilosophie, § 8, S. 283.
* 45) vgl. Spann, Wahre Staat, S. 49 Die Ablehnung der liberalistischen Trennung von Recht und Moral wird von Sauer in GS Bd. 103, S. 2 als Zeichen der Zeit erkannt.

»weil ohne sie ein Recht nicht richtig sein, das Rechtsleben aber auf falschen Grundsätzen nicht aufgebaut werden kann. Ohne Treue gegenüber dem Recht, gegenüber der Rechtsidee, gegenüber der Rechtsgenossenschaft des Volkes zerfällt diese und damit auch das Recht selbst«.* 46)

Und an anderer Stelle:

»Der deutsche Rechtsgedanken zum Unterschied vom römischen oder orientalischen besteht eben im wesentlichen darin, daß Sittlichkeit, Sitte und Recht zu einer Einheit verschmolzen sind.«* 47)

Für den Staat erwächst damit die Aufgabe, die Einheit von Sittlichkeit, Sitte und Recht in der Rechtsgestaltung zum Ausdruck zu bringen. Hieraus folgt wiederum, daß

»das Gesetz als solches nicht Recht« ist, »sondern es besagt nur, was als verbindlich angesehen werden soll. Mit anderen Worten: Der Staat schafft nicht das Recht, er formuliert es nur, er verwaltet das Recht, indem er im Gesetz ausspricht, was als Recht von ihm erkannt ist«.* 48)

Das Recht ist also vor dem Staat. Aufgabe des Staates ist es, das Recht zu erkennen und in allgemein verbindlichen Gesetzen zu formen.* 49) Damit ist die Rechtsauffassung des neuen deutschen Idealismus begründet.* 50) Haben nun von dieser Grundauffassung her die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege noch Daseinsberechtigung?

* 46) vgl. Rassengesetzliche Rechtslehre S. 31.
* 47) vgl. Nicolai, Grundlagen der kommenden Verfassung, 1933, S. 10.
* 48) vgl. Nicolai, Rassengesetzliche Rechtslehre, S. 34; derselbe, Grundlagen S. 13 f. vgl. auch die Rede Schrauts auf dem Juristentag im Oktober 1933, z. T. besprochen in DJZ 1933 Heft 20 S. 1317.
* 49) Diese Auffassung findet sich bei Otto v. Gierke, die Grundlagen des Staatsrechts, 1915, S. 31: „Der Staat ist nicht die letzte Quelle des Rechts, sondern das berufene Organ des Volkes für den Ausspruch des vom Volkslebens hervorgebrachten Rechtsbewußtseins". vgl. hierzu ferner Karrenbrock Heft 6 der Ständestaatsbücherei, S. 26–27 ff.
Es ist also denkbar, daß das gesetzte Recht der Rechtsidee nicht entspricht; vgl. hierzu Binder Rechtsphilosophie, S. 770 ff. Nicolai, Rassengesetzliche Rechtslehre, S. 36.
* 50) vgl. hierzu Sauer in GS Bd. 103, S 2; s. auch den Aufsatz von Hippel, Der Rechtsgedanke im neuen Deutschland DJZ 1933 Heft 18, S. 1156 f.

4. Abschnitt:

Das Problem der Arbeit als staatspolitisches Problem.

Wir haben im ersten Abschnitt der Ausführung gesehen, daß unsere beiden Rechtssätze die Folge eines strafrechtlichen und eines staatsrechtlichen Gedankens waren, die beide in der individualistischen Grundauffassung wurzelten und eine bestimmte Anschauung von Recht und Staat zeitigten. Die individualistische Grundauffassung wurde als unrichtig erkannt und an deren Stelle die universalistische, transpersonalistische, ganzheitliche Bezogenheit gesetzt, deren Folge eine idealistische-universalistische Rechtsauffassung ist.

Die bisherige Untersuchung reicht aber noch nicht aus, die Frage zu beantworten, ob von der dargelegten Grundauffassung her die beiden Rechtssätze aufrechtzuerhalten oder zu streichen sind. Es muß vielmehr von der Erkenntnis ausgegangen werden, daß die beiden Rechtssätze Folge eines strafrechtlichen und staatsrechtlichen Gedankens waren. Es ergibt sich somit die zur Lösung des Problems führende Frage, wie von einer ganzheitlichen Grundauffassung die strafrechtliche und staatspolitische Formulierung des den beiden Grundsätzen zugrundeliegenden Gedankens zu erfolgen hat.

Da nun das Strafrecht Folge eines bestimmten staatspolitischen Tatbetsandes ist, so muß zuerst auf die sich bereits andeutende kommende Staatsgestaltung in Deutschland eingegangen werden, die ihren Niederschlag in der kommenden Verfassung finden wird. Wie soll nun die kommende Verfassung in Bezug auf das hier in Frage stehende Problem aufgebaut werden?

I) Diese Fragestellung führt zu dem in der Literatur vorhandenen Meinungsstreit: Autoritärer oder totaler Staat, eine Gegenüberstellung, wie sie Ziegler 1932 als erster vornimmt.* 51) Der Untersuchungsgang wird zeigen, ob die Zieglersche Antithese richtig ist.

Die Auffassung des »totalen Staates«* 52) geht aus von der Gleichsetzung von Staat und Gesellschaft. Folge dieser Gleichsetzung ist eine »unbeschränkte Machtausweitung« für den Staat. Diese aber bedeutet:

* 51) s. Ziegler, Autoritärer oder totaler Staat in »Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart« Heft 90.

* 52) Dieser Begriff des „totalen Staates", der in der wissenschaftlichen Debatte der jüngsten Zeit zum ersten Mal von C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 79 verwandt wurde, findet sich im Anklang bereits bei Adam Müller: „Der Staat ist die Totalität der menschlichen Angelegenheiten, ihre Verbindung zu einem lebendigen Ganzen" s. hierzu Adam Müller, die Elemente der Staatskunst, Bd. I, 1809 S. 48

»eine totale Politisierung aller sozialen Lebenbereiche und Bezüge... Für den totalen Staat gibt es keine Grenze seiner Herrschaftszuständigkeit wie seiner Herrschaftsmacht. Er kann und muß jeden Inhalt der gesellschaftlichen Existenz ergreifen und ordnen, er ist notwendig Fürsorgestaat, Versorgungsstaat, Wirtschaftsstaat« *53)

Der totale Staat ist also in seiner Machtfülle dem einzelnen gegenüber absolut. Er kann in alle Lebensbereiche eingreifen und findet seine leitende Beschränkung nur in seinem Zweck, der Erhaltung der Volks- und Rassengemeinschaft *54)

In der nationalsozialistischen Literatur wird als Aufgabe der neuen Staatsgestaltung angesehen,

»das Verhältnis von Individuum und Staat nicht willkürlich in den faktischen Zustand des »totalen Staates« abgleiten zu lassen, sondern es bewußt durch eine verfassungsmäßige Entscheidung im Sinne des staatlichen Imperiums neu zu konstruieren«.*55)

Es geht also darum, den »prinzipiell unbegrenzten Herrschaftsanspruch des Staates und die prinzipiell begrenzte Freiheit des einzelnen« verfassungsrechtlich zu normieren.

»Diese Autorität des Staates aber wird nur aus der festen Glaubensgewißheit wieder geboren, daß unser Sein nicht ein »Fürsichsein«, sondern ein »Mitdenandersein«,*56) daß wir keine freien gleichen und autonomen Individuen sind, sondern Glieder einer Ganzheit und unser Schicksal aus Gottes Hand empfangen«.*57)

Die Menschen als einzelne bilden also durch »Mitdenandernsein« Gemeinschaften, die ihrerseits zur Volks- und Rassengemeinschaft verbunden sind. Diese einzelnen Gemeinschaftkreise sind die naturgewachsenen Stände, deren größtmöglichste

---

*53) vgl, Ziegler, Autoritärer oder totaler Staat, S. 6

*54) C. Schmitt sieht bereits 1931 in der Hinwendung zum totalen Staate eine revolutionäre Verfassungswandlung. Diese Entwicklung wird von ihm als dialektischer Vorgang bezeichnet, der drei Haltepunkte hat: der absolute Staat des 17. und 18. Jahrhunderts, der neutrale Staat des liberalen 19. Jahrhunderts und der totale Staat als heutige Staatswirklichkeit. vgl. hierzu C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 79.

*55) vgl. Grewe, Verfassungspolitische Aufgaben eines nationalsozialistischen Staates in „Was wir vom Nationalsozialismus erwarten". Hrg. v. A. E. Günther, 1932, S. 98.

*56) Das „Mitdenandernsein" ist eine Wortprägung Gogartens, die dasselbe sagt wie der Spannsche Ausdruck „Gezweiung" vgl. Gogarten, Wider die Ächtung der Autorität, 1932, S. 33 ff.

*57) vgl. Grewe, a. a. O., S. 99.

»Entfaltung und Vollkommenheit des Eigenlebens«*58) notwendig ist; denn nur so kann die Volksgemeinschaft blühen.*59) Diese Auffassung finden wir bei Nicolai, wenn er sagt:

> »Der völkische deutschrechtliche Staatsgedanke verlangt eine möglichst starke Dezentralisation, eine weitgehende Gliederung. Dies entpricht der germanischen Wesenheit, die Selbstständigkeit sucht und Zusammenhalt im Ganzen nicht auf den Gehorsam, sondern auf die selbstgebende Treue der Glieder stützt«.*60)

Aus dieser ständisch organischen Auffassung folgt der Begriff der ständischen Selbstverwaltung für die einzelnen Gemeinschaften (Stände).*61) Daraus ergibt sich weiter, daß die Herrschergewalt sich nicht vom subjektiven Willen der einzelnen ableitet, sondern von den »Sacherfordernissen des Standes« (Spann) und damit von den Lebensnotwendigkeiten der Volksgemeinschaft.*62) Damit ist das Wesen des »autoritären Staates« erkannt: Ein Führer- und Sachverständigentum steht in Beziehung zur Gefolgschaft. Für den »autoritären Staat« ist daher wesenhaft die Teilnahme aller in den einzelnen Gemeinschaften (Stände) und sodann vor allem ein Staats tragender Kreis. Der Staat wird somit zum Stand und zwar »zum höchsten, eigene Aufgaben verfolgenden Stand«.*63) »Sein Grundprinzip bildet dank dem Zusammenklang von Volk und Staat wieder die Autorität«.*64) Denselben Gedanken treffen wir bei Ziegler:

> »Der autoritäre Staat... bekennt sich zu den unendlichen Grundlagen jeder Herrschaft und damit jeder

---

*58) vgl. Heinrich, Staat und Wirtschaft, 2. Aufl. 1931 in „Bücherei des Ständestaates", S. 27.

*59) vgl. über den Gedanken der ständischen Selbstverwaltung Heinrich, die berufsständische Wirtschaft im neuen Staat in „Ständisches Leben" 1933, Heft 4 S. 415-16.

*60) vgl. Nicolai, Grundlagen, S. 33.

*61) Zu dieser Folgerung kommt auch Tatarin-Tarnheyden, wenn er sagt; daß „dem Geist des kommenden Verfassungswerkes ..... ein Aufbau auf der Selbstverwaltung entsprechen" muß; s. T. T. Verfassungsneubau zum völkischen Rechtsstaat in DJZ 1933, S. 1227.

*62) Nagler verweist in GS Bd. 103, S. XX Anm. 40 auf Rocco. Die Umwandlung des liberalen in den faschistischen Staat, 1926. Nach Rocco besteht das Wesen des Faschismus in der Zurückweisung der „Individualsouveränität", die der einzelne bisher gegenüber dem Staat in Anspruch nahm. Damit ist das gleiche gesagt, wie es für die vorliegende Schrift Gültigkeit hat und Folge der universalistischen Grundauffassung ist. Vgl. hierzu Spann, Wahre Staat, S. 85 Anm. 1 Zusatz zur 3. Aufl. Der Volkssouveränität werden „die Ausgliederungserfordernisse der Ganzheit oder die Sachsouveränität" entgegensetzt.

*63) vgl. Nagler GS Bd. 103, S. XVIII; Spann, Wahre Staat, S. 184.

*64) vgl. Nagler a. a. O.

> Staatlichkeit: Zu Personalität, Unabhängigkeit, Autorität und Eigenverantwortung der Regierung..... und die Frage, wie ermögliche und sichere ich unter den gegenwärtigen Umständen eine solche Verfassungsform, steht für ihn im Mittelpunkt«. * 65)

Auch aus diesen Worten lassen sich die Gedanken des Führer- und Sachverständigentums herausschälen. Klarer formuliert es Heinrich, wenn er sagt:

> »Die Verzahnung von Führung und Selbstverwaltung ist das Merkzeichen der ständischen Idee, ist das Um und Auf des organischen deutschen Staatswesens«. * 66)

Dies ist der Kern der autoritären Staatsauffassung, die auf eine kurze Formel gebracht etwa lauten würde: Einbau des Führergedankens im den Staat, ständische Selbstverwaltung im Staat.*67)

II.) Wir erkennen aus Vorstehendem, daß sowohl dem »totalen Staat« als auch dem »autoritären Staat« der »totalitäre« Grundzug eigen ist. Beide können in die Freiheitssphäre des einzelnen weitgehenst eingreifen. Der Unterschied liegt nur darin, daß der »autoritäre Staat« aus Selbstgenügsamkeit seinen Gliedern, den einzelnen Gemeinschaften (Stände) und damit dem einzelnen als Glied dieser Gemeinschaften eine begrenzte autonome Sphäre zuweist. Hieraus folgt, daß die von Ziegler vorgenommene Gegenstellung »autoritärer oder totaler Staat« unhaltbar ist. Es muß vielmehr der »totale Staat« als Oberbegriff angesehen werden, der zwei Formen hat: eine absolut-totale und eine beschränkt-totale. Der absolut-totale Staat, als dessen Formel »die Forderung nach Organisation einer totalen Herrschaft über die Seele« * 68) erkannt wurde, ist also genau so wie der beschränkt-totale Staat eine Organisationsform des totalen Staates.

III.) Aus dem bisher Dargelegten ersehen wir, daß der absolat-totale Staat in schärfster Ablehnung des liberalen Rechtsstaates das Verhältnis von Staat und einzelnen regelt. * 69)

---

* 65) vgl. Ziegler a, a. O., S. 29
* 66) vgl. Heinrich, Staat und Wirtschaft, S. 29
* 67) Zu diesem Problem hat kürzlich Horstmann: Der autoritäre Staat in „Deutsches Recht Ztschr. d. Bundes nat. soz. dtsch. Juristen 1933, Heft 4, S. 102 einen kurzen Beitrag gebracht. Horstmann erkennt aber nur die eine Seite dieser Grundfrage, wenn er den Staat als „Hirarchie des Gehorsams" ansieht und vom „bewußten Dualismus zwischen Herrschenden und Beherrschten" spricht. Er übersieht die andere Grundtatsache des autoritären Staates, die ständische Selbstverwaltung.
* 68) vgl. Ziegler a. a. O , S. 7
* 69) Unter liberalen oder bürgerlichen Rechtsstaat ist hierbei der Staat zu verstehen, dessen Verfassung sich primär für die individuelle bürgerliche Freiheit einsetzt. Die Freiheitssphäre des einzelnen ist

Eine Sicherung der individuellen Freiheit des einzelnen kann es nicht geben: denn der Staat ist grundsätzlich befugt, in alle Lebensverhältnisse des einzelnen einzugreifen.

Ebenso kommt der beschränkt-totale Staat zur Ablehnung des liberalen Rechtsstaatsgedankens; denn die »Freiheit vom Staat«, die »staatsfreie Sphäre« ist eine Folgerung der individualistischen Grundlehre, die als unrichtig erkannt wurde. Bedeutet nun diese Stellungnahme eine Ablehnung des Rechtsstaates überhaupt?

a) Bei Beantwortung dieser Frage ist von der staatstheoretischen Grundlegung des Rechtsstaatsbegriffes auszugehen, wie dieser im Anschluß an Stahl von Bähr aufgestellt wurde. * 70) Nach Bähr ist unter Rechtsstaat ein Staat zu verstehen, der »das Recht zur Grundbedingung seines Daseins« erhoben hat. Alles im Staat vorhandene Leben hat sich in den »Grundangeln« des Rechts zu bewegen. * 71) Damit ist aber noch nichts über das Verhältnis von Staat und Recht ausgesagt. Faßt man das Recht vom individualistischen Standpunkt als Summe der Regeln auf, die das Höchstmaß an Freiheit für den einzelnen gewährleisten, so sind Staat und Recht zwei verschiedene Lebenskreise, von denen das Recht die Schranken für den Staat gegenüber dem einzelnen bildet. Von dieser individualistichen Grundposition aus hat der politische Liberalismus seine Rechtsstaatsidee geprägt. Wir erkennen damit, daß der liberale bürgerliche Rechtsstaat nur die Folge einer bestimmten Wertung ist.

b) Diese Wertung ist aber als unrichtig abzulehnen; denn Recht ist nicht ein »Mindestbegriff«, sondern ein »Meistbegriff«. Recht und Staat sind nicht getrennte Lebenskreise, sondern das Recht ist ein Stück des Lebens der Gemeinschaft und ist identisch mit Sittlichkeit, Sitte und Moral. Es ist also so, daß

> »der primäre Rechtswert .... die rechtliche Gestaltung und Sicherung unserer nationalen Lebensordnung« * 72)

ist.

---

grundsätzlich unbeschränkt. Der Staat hingegen ist in seinen Eingriffen dem einzelnen gegenüber grundsätzlich begrenzt.

* 70) vgl. Bähr, Rechtsstaat, S. 2

* 71) Diese Grundauffassung findet sich bereits bei Nagler, Die Strafe 1. Hälfte, 1918, § 5, S. 76.
Koellreutter, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution in „Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart", Heft 101 (1933), S. 11 sieht das Wesen jeden Rechtsstaates darin, „daß er (der Rechtsstaat) in sich einen richtigen Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Macht und Recht, zwischen Rechtswert und politischen Wert enthält". Hieraus wird dann die Folgerung gezogen, „daß die rechtliche Gestaltung in verschiedenen Zeiten je nach Vorherrschen bestimmter politischer Ideenkreise eine verschiedene sein muß."

* 72) Damit ist das Primäre „das Volk, das sich politisch im Staate als

Aus der universalistischen Grundposition folgt somit eine ganz bestimmte Auffassung vom Rechtsstaat. An Stelle des liberalen Rechtsstaates setzt der Universalismus den nationalen Rechtsstaat. * 73)

Als wesenhaft für den neuen Rechtsstaatsbegriff ist anzusehen, daß das

> »Recht des einzelnen .... im Staate der nationalen Volksgemeinschaft nicht dem Staate gegenübergestellt« wird, »wie nach der Staatsdoktrin des Liberalismus, sondern was noch weit mehr rechtens des einzelnen in der Gemeinschaft, die doch der Staat sein will, ist: Dieses Recht wird eingegliedert in die Gemeinschaft aller«. * 74)

Hieraus folgt dann verfassungsrechtlich, daß das »National-Kollektivistische das Primäre des staatlichen Verteilungsapperates« ist, und daß »der Grundrechtsteil dem organisatorisch-politischen Teil untergeordnet« ist. * 75) Der nationale Rechtsstaat ist somit als universalistische Wertung der Grundidee vom Rechtsstaat herausgestellt. * 76)

Ganzheit empfindet und prägt. Die seelische Verbindung des Volkes mit dem Staat als Ganzheit bildet das Wesen der Staatsautorität und damit das Wesen des modernen Staates überhaupt" s, Koellreutter, Volk und Staat in der Verfassungskrise 1933, S. 15; derselbe, der nationale Rechtsstaat in DJZ 1933 Heft 8, S. 518; derselbe, der nationale Rechtsstaat in „Recht und Staat" 1933 S. 33; derselbe, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution 1933, S, 12.

* 73) Der nationale Rechtsstaatstyp ist zum ersten Male im faschistischen Italien Staatswirklichkeit geworden. Er steht im Gegensatz zu dem „Nichtrechtsstaat" des bolschewistischen Rußlands, der „die traditionellen Werte, die im Ordnungsmoment des Rechts notwendig enthalten sind" nicht anerkennt; vgl. Koellreutter, Vom Sinn und Wesen, S. 12. Dieser „Nichtrechtsstaat" ist im Sinne unserer Terminologie der absolut-totale Staat.

* 74) vgl. Dennewitz, Das nationale Deutschland ein Rechtsstaat. 1933 S. 7.

* 75) vgl. Dennewitz a. a. O., S. 11

* 76) Dennewitz sieht als wesenhaft für den nationalen Rechtsstaat dreierlei an: 1. die institutionelle Garantie, 2. die bürgerlichen Rechtseinrichtungen, 3. die staatlichen Korporationen.

Die Terminologie der institutionellen Garantie ist im Sinne von C. Schmitt zu verstehen. »Bürgerliche Rechtseinrichtungen«, ein Ausdruck, der m. E. irreführt, sind für ihn die allgemeinen Rechtsprinzipien, wie die Gleichheit vor dem Gesetz und die Freiheit der Person (letztere universalistisch verstanden), die durch die nationale Revolution von 1933 in »einem sinnhaften Zusammenhang mit dem politischen Gesamtstatus des Staates gebracht« wurden. Die staatlichen Korporationen sind die einzelnen Gemeinschaften innerhalb der Volkheit, die Stände vgl. näheres Dennewitz, S. 12 f., 31. Zur institutionellen Garantie s. z. B. das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (Ermächtigungsgesetz) v. 24. 3. 1933, wonach die Institutionen des Reichstags und Reichsrates unberührt bleiben. Das gleiche gilt nach § 2 Abs. 2 des vorläufigen Gesetzes zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich v. 31. 3. 1933 auch für »die Einrichtungen der gesetzgebenden

In der parteiamtlichen nationalsozialistischen Literatur findet sich der eben entwickelte Rechtsstaatsgedanke. Er wird als etwas Urdeutsches begriffen; denn

> »zu jeder Zeit war es der höchste Ruhm germanischer Staaten, daß sie Rechtsstaaten genannt werden konten.... Der Aufmarsch der Eigensucht des einzelnen gegen den Staat, das Volk ..... ist für den organischen Staat unerträglich. * 77)

Neuestens vertritt jedoch Walz * 78) die Auffassung, daß die Begriffsbestimmung des nationalen Rechtsstaates einer vergangenen Epoche angehöre. Sie sage nichts aus über das Wesensmerkmal des neuen deutschen Staates, sondern gebe nur das Mittel staatlichen Lebens an. Hierunter versteht Walz zweierlei: Einmal »der großangelegte Versuch zur bekenntnismäßigen offenen politischen Verwirklichung der Gerechtigkeit im völkischen Staat und sodann die Bindung der unabhängigen Gerichte an »regelhafte Rechtsnormen von allgemeiner Gesetzmäßigkeit und Verbindlichkeit«, die das neue Reich im Wege der Gesetzgebung erläßt. * 79) In diesem Sinne seien Frankreich und England auch nationale Rechtsstaaten.

Hierzu in Gegenstellung entwickelt dann Walz den Begriff des völkischen Führerstaates. Kennzeichen dieser neuen Staatsform sei zweierlei: Einmal die »polare Gliederung der politischen Führergefolgschaft der NSDAP einerseits und der umfassenden öffentlichen Organisation andererseits« und dann »eine zweite Gliederung innerhalb der politischen Gesamtorganisation: in den politischen Staat im engeren Sinne und die berufsständische Organisation«. * 80)

Die Walzschen Ausführungen über den nationalen Rechtsstaat können nicht überzeugen. Seine Betrachtungsweise geht in diesem Punkte zu sehr von dem technisch hervorgehobenen Inhalt des nationalen Rechtstaates aus. Dies ergibt sich aus seiner Folgerung, Frankreich und England, die zwar nach unserer »staatsrechtlichen Terminologie.... als bürgerliche Rechtsstaaten« bezeichnet werden, seien auch nationale Rechtsstaaten. Damit ist dem Wesen des nationalen Rechtsstaates, der als universalistische Wertung des allgemeinen Rechtsstaatsbegriffes auf-

---

Körperschaften« der Länder, vgl. hierzu näheres K. v. Bohlen, Das Verfassungsrecht des nationalen Volksstaates in JW 1933, Heft 35, S. 1913.

* 77) vgl. Nicolai Grundlage, S. 80, 87; ferner Feder, Der deutsche Staat, S. 30

* 78) vgl. Walz, Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat in DJZ 1933, Heft 20, S. 1334 ff.

* 79) vgl. Walz a. a. O., S. 1338.

* 80) vgl. Walz a. a. O., S. 1339-40.

zufassen ist, durchaus nicht Genüge getan; denn Frankreich und England sind gerade Musterbeispiele der individualistischen Wertung des allgemeinen Rechtsstaatsbegriffes. Sie sind nach den Prinzipien aufgebaut, die Walz von seinem »völkischen Führerstaat« her verwirft.*81) Die von ihm für den »völkischen Führerstaat« entwickelten Grundsätze entsprechen im wesentlichen den in dieser Arbeit für den beschränkt-totalen Staat aufgestellten und lassen sich auf die hier gefundene Formel zurückführen: Einbau des Führergedankens in den Staat, ständische Selbstverwaltung im Staat.*82)

IV. Diese beiden Grundsätze sind in Deutschland heute bereits weitgehenst Staatswirklichkeit geworden. Der Einbau des Führergedankens in den Staat ist zum ersten Male im Statthaltergesetz und in Preußen durch die Einrichtung des preußischen Staatsrats vollzogen worden. *83) Der preußische Staatsrat ist ein »Gremium von Männern, die mitten im Volk als Führer stehen ... und mit ihm verbunden sind«.*84)

Aufgabe des neuen Staatsrates ist es, die Staatsregierung bei Beratung von Gesetzen zu untertsützen. Diese neue Institution soll »immer wieder das Bindeglied darstellen zwischen den Führern der Regierung und dem Volk«.*85)

Auch die ständische Selbstverwaltung, deren Voraussetzung die ständische Gliederung ist, finden wir verwirklicht. Der dem ständischen Aufbau zugrundeliegende Gedanke, die Bindungen des ständischen Lebens für die Gemeinschaftsbindung nutzbar zu machen, ist entscheidend gewesen für den Aufbau

---

*81) vgl. Walz a. a. O.

*82) Anklänge an die hier entwickelte Form des beschränkt-totalen Staates scheinen bei Scheuner, Die nationale Revolution, eine staatsrechtliche Untersuchung in Arch. f. öff. R. N. F. Bd. 24, Heft 2, S. 204 vorhanden zu sein. Scheuner spricht vom »totalen Staat, der den ganzen Inhalt des gesellschaftlichen Ganzen ergreift«, sieht aber als wesentlich an daß dieser nicht „zentralistisch-absolut", sondern „korporativ" aufgebaut ist. Unter dem korporativen Aufbau ist hier die ständische Gliederung des Volkes zu verstehen, woraus sich folgerichtig der oben entwickelte Begriff der ständischen Selbstverwaltung ergibt.

*83) s. das Gesetz über den Staatsrat v. 8. Juli 1933 (GS 241).

*84) vgl. Ansprache des Ministerpräsidenten Göring anläßlich der Eröffnung des Staatsrates in Nat. soz. Schles. Tag. Ztg. v. 16. 9. 1933; vgl. ferner Staatssekretär Grauert im »Völkischen Beobachter«.

*85) vgl. Rede a a O. Zu diesem Gedanken des Staatsrates, „der sich .. um den .. Staatsführer schart" vgl. Spann, Wahre Staat, S. 244. Er wird hier als Folge des universalistisch-ständischen Prinzips entwickelt.

der deutschen »Arbeitsfront«. * 86) Weiter sind eine Reihe von Berufsgruppen ständisch organisiert worden. * 87)

Es hat nach alle dem den Anschein, als ob die oben entwickelten Grundsätze des beschränkt-totalen Staates, der zugleich der nationale Rechtstsaat ist, * 88) die kommende Verfassung des deutschen Reiches bestimmen werden * 89) und der so aufgebaute Staat, »die organisierte Art und Vertretungsform des Volkstums« wird. * 90)

5. Abschnitt:

Folgerungen für die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege und nulla poena sine lege.

Aus der dargelegten Form des beschränkt-totalen Staates, der deutsche Staatswirklichkeit zu werden scheint, ist die Eigenständigkeit der Glieder als wesenhaft erkannt worden. Die Idee des nationalen Rechtsstaates prägt dies zur verfassungsrechtlichen Selbstbeschränkung des Staates als Ganzheit gegenüber dem einzelnen als Glied aus. Demgegenüber ist der

---

* 86) vgl. Ley, Grundsätzliche Gedanken über den ständischen Aufbau und die deutsche Arbeitsfront in Schl. N. S. Beobachter v. 10. 6. 1933. s. auch Feder, Der ständische Aufbau, Vortrag auf dem Parteikongreß in Nürnberg in N. S. Schl. Tag. Zg. v. 3. 9. 1933.

* 87) vgl. hierzu das Gesetz über die Zuständigkeit des Reiches für die Reglung des ständischen Aufbaus der Landwirtschaft v. 15. 7. 1933 (RGBL I, 495); Gesetz über die Neubildung des deutschen Bauerntums v. 14. 7. 1933 (RGBL I, 517); das Schriftleitergesetz v. 4. 10. 1933 (RGBL I, 713);

* 88) In der Rede Adolf Hitlers v. 23. 3. 1933 lassen sich rechtsstaatliche Gedanken im oben entwickelten Sinne erkennen. Er erklärte z. B., daß die Regierung das Ermächtigungsgesetz nur insoweit anwenden wolle, als es die lebensnotwendigen Maßnahmen zum Neubau Deutschlands erforderlich machen.

Ein weiterer rechtsstaatlicher Gedanke findet sich darin, daß richterliche Unabhängigkeit aus Grundlage der Rechtsausübung anerkannt wurde (vgl. hierzu auch die Rede von Frank auf dem Juristen in Leipzig Anfang Oktober 1933, angedeutet in DJZ 1933, Heft 20, S. 1316).

In der Friedensrede v. 17. 5. 1933 kommt ein weiterer Grundgedanke des nationalen Rechtsstaates zum Ausdruck: die Anerkennung anderer Nationen. Dies folgt notwendig aus dem Gedanken, daß der nationale Rechtsstaat den höchsten politischen Wert in Volk und Nation sieht.

* 89) vgl. hierzu Nagler in GS Bd. 103, S. XX, Anm. 39.

* 90) vgl. Buchner, Grundriß, S. 21; Hitler, Mein Kampf, 24. Aufl. 1933, S. 431 ff.

Goebbels hat in seiner Genfer Rede v. 28. 9. 1933 (Nat. soz. schles. Tg. Ztg. v. 29. 9. 1933) diese Grundsätze dahin formuliert: „Der moderne Staatsaufbau in Deutschland ist eine veredelte Art von Demokratie, in der kraft Mandats das Volk autoritär regiert wird, ohne daß die Möglichkeit gegeben ist, durch parlamentarische Zwischenschaltungen den Willen des Volkes nach oben hin zu verwischen oder gar unfruchtbar zu machen".

absolut-totale Staat durch äußerste Machtausweitung gegenüber dem einzelnen gekennzeichnet, die sich in der unbeschränkten Eingriffsmöglichkeit des Staates in die Lebensbereiche des einzelnen auswirkt. Von dem so gewonnenen bisherigen Ergebnis können nunmehr de lege ferenda klare Folgerungen für die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege gezogen werden.

Zuvor soll aber der Inhalt der beiden Rechtssätze abgegrenzt werden. In der Wissenschaft sind diese bisher nicht scharf genug auseinandergehalten worden.*91) Dies liegt zum großen Teil daran, daß man sie als Notwendigkeit des liberalen Rechtsstaates begriff, sie also als unumstößliches Dogma für jedes Strafgesetzbuch überhaupt auffaßte. Man zitierte sie gewöhnlich zusammen, oder aber man begnügte sich mit nulla poena sine lege. Dies ist von einer individualistisch-liberalistischen Grundhaltung her auch richtig; denn an eine Trennung der beiden Rechtssätze konnte deshalb nicht gedacht werden, weil man ein unerschütterliches Dogma staatlichen Lebens vor sich zu haben glaubte.

Wenn man den Gehalt der beiden Rechtssätze aufspürt, so behandelt nullum crimen sine lege das »ob«, nulla poena sine lege das »wie« der Strafe. In dem Grundsatz nullum crimen sine lege ist die Frage enthalten, ob dem Staat bei einer bestimmten menschlichen Handlung ein ius puniendi zusteht. Die Antwort darauf lautet: der staatliche Strafanspruch ist dann gegeben, wenn die Handlung tatbestandmäßig ist, d. h. also, wenn das Tun des Handelnden unter ein gesetzlich normierten Tatbestand fällt. Der Rechtssatz nullum crimen sine lege spricht sich also aus über die Zulässigkeit der Analogie zuungunsten des Täters, des strafbegründenden Gewohnheitsrechts, der Rückwirkung von Strafgesetzen, die seine vorher unverbotene Handlung unter Strafe stellen und verbietet die Anwendung der genannten Institute

Der Rechtssatz nulla poena sine lege dagegen sagt aus, w i e der Staat ein gegebenes ius puniendi verwirklicht. Er enthält also die Anweisung darüber, in welcher Weise und wie hoch die Strafe für ein bestimmtes Tun festzusetzen ist. Damit gibt er eine Aussage über die Zulässigkeit von Strafgesetzen mit rückwirkender Kraft zuungunsten des Täters und über die Unbestimmtheit der Strafe, die er beide für unzulässig erklärt.

*91) vgl. z. B. Ilse Teuber, Beiträge zur Geschichte des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, Diss. Breslau 1932 (Maschinenschrift), S. 6 Anm. 10.

I. Der absolut-totale Staat, als dessen Formel »die Forderung nach Organisation einer totalen Herrschaft über die Seele«*92) erkannt wurde, muß aus seinem Wesen heraus die Geltung der beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege ablehnen; denn dieses »Palladium bürgerlicher Freiheit«*93) widerspricht der unbegrenzten Eingriffsmöglichkeit des absolut-totalen Staates gegenüber dem einzelnen.

Als Beispiel für die absolut-totale Staatsform, die diese Folgerung im Strafrecht zieht, ist die heutige Sowjet-Union zu nennen. Der proletarischen, sowjet-russischen Diktatur ist die äußerste Machtausweitung des absolut-totalen Staates gegenüber dem einzelnen wesentlich;*94) denn als Ziel wird die Überwindung der antisozialen Bourgoisie verkündet. Hierzu ist die Entziehung jeglicher Rechtsgarantie für die Angehörigen dieser Klasse gesetzlich festgelegt. Für das Strafrecht ergibt sich hieraus die Folgerung, daß als Verbrechen angesehen wird »jede Handlung oder Unterlassung, die sich gegen das Sowjetsystem richtet oder die Rechtsordnung verletzt, die vom Regime der Arbeiter und Bauern für die Zeit des Übergangs zur kommunistischen Gesellschaftsordnung errichtet ist«.*95) Es fehlt somit an einer Begrenzung der staatlichen Macht gegenüber dem einzelnen. Wir erkennen damit den »totalitären« Grundzug.

Von Sowjet-Juristen wird der Wegfall der beiden Rechtssätze damit begründet, daß es andere viel wirksamere Garantien für den einzelnen gebe, die dem Staat in seinen Eingriffen ein Ziel setzen. Es werden hierbei genannt: Eine andere Staatsauffassung, ein anderer Blickpunkt für das Gericht; denn

> »die grundsätzliche Besonderheit des Sowjet-Staates gegen dem früheren ist, daß die Macht im Namen und im Interesse der weit überwiegenden Mehrzahl der Bevölkerung ausgeübt wird. . . . Die Gerichte sind auch so organisiert, daß ihnen die Weltfremdheit, von der oft in Fach- und Laienkreisen gesprochen wurde, selbst fremd ist . . . . In dem Korrelat der

---

*92) vgl. Ziegler, Autoritärer oder totaler Staat, S. 7.
*93) vgl. Nagler in GS Bd. 103, S. VI.
*94) Dies wird von Zaitzeff, Das Strafrechtswesen im Sowjetstaat ZSTW Bd. 51, Heft 1 ff., 3 als die Hauptstütze der Diktatur des Proletariats herausgestellt. Andererseits kann der Richter neben der bereits durch das STGB v. 1. 6. 1932 in § 16 zugelassenen Analogie zuungunsten des Täters nach dem neuen STGB v. 1. 1. 1927 trotz Vorliegens eines Straftatbestandes von der Strafe absehen, wenn entweder der Täter für sozial ungefährlich anzusehen ist oder aber, wenn die Tat als unwichtig zu gelten hat.
*95) vgl. hierzu Nagler, Anlage, Umwelt und Persönlichkeit des Verbrechers in GS Bd. 102, S. 451 Anm. 56.

Rechtsauffassung finden wir das Kriterium des Rechts und des Unrechts, das das juristische Denkvermögen gesucht hat«.* 96)

Damit ist an Hand des sowjetrussischen Beispiels gezeigt, daß der absolut-totale Staat die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege und nulla poena sine lege nicht anerkennen kann.* 97)

II. Sind nun für den beschränkt-totalen Staat, den nationalen Rechtsstaat die gleichen Folgerungen zu ziehen? Es soll bei Beantwortung dieser Frage so vorgegangen werden, daß zunächst die in der Literatur vorhandenen Vorschläge besprochen werden, um dann in einer kritischen Stellungnahme die eigene Meinung zu entwickeln.

a 1. Der eine Vorschlag de lege ferenda stammt von Peters, * 98) der die Frage vom Blickpunkt der nationalsozialistischen Volksbewegung her zu lösen versucht. Er legt seinen Ausführungen die oben entwickelte Grundhaltung zugrunde und geht weiter davon aus, daß der nationalsozialistischen Bewegung, die dieser Grundhaltung Geltung verschafft habe, »die Absolutheit der Gedanken und des Wollens« * 99) eigen sei, woraus sich ein Doppeltes ergebe:

> »Einmal die Forderung nach der unbedingten Anerkennung der den Staat tragenden Grundgedanken, das Bestreben nach ihrer uneingeschränkten Verwirklichung und die Überwindung der entgegenstehenden Kräfte unter bewußter Betontheit des Staatswollens gegenüber dem Einzelwollen (Autoritäres Strafrecht)«. * 100)

Weiter folgert er aus dem Absolutheitsprinzip den »Vorrang der als richtig empfundenen Idee gegenüber formalen Bindungen und Sicherungen«. * 101) Er ist der Auffassung, daß aus diesem materiellen Prinzip die Forderung nach Auflockerung der Rechtsgarantie des § 2 Abs. 1 St. G. B. sich ergebe. Nach Peters kann

> »die Ausschaltung des Gewohnheitsrechts und das Verbot der Analogie im kommenden Recht kein Anspruch auf Anerkennung haben;

---

* 96) vgl. Anossow, Über die Analogie im Strafrecht in „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform" Bd. 24 (1933), Heft 6, S. 335.
* 97) So ist es nur folgerichtig, wenn in dem neuesten russischen Strafgesetzentwurf von Krylenko eine Bestrafung nach Analogie ausdrücklich zugelassen ist; vgl. hierzu Anossow a. a. O.
* 98) vgl. Peters, Nationalsozialismus und Strafrecht in JW 1933, Heft 27 u. 28 S. 1561.
* 99 vgl. Peters a. a. O., S. 1562.
* 100) Peters a. a. O.
* 101) Peters a. a. O.

denn:

> »das Ideal der Freiheit und Rechtssicherheit, das der § 2 Abs. 1 St. G. B. zum Ausdruck bringt, steht in einer Gegensätzlichkeit zu dem Ideal der materiellen Gerechtigkeit«. * 102)

Peters will also über eine Auflockerung hinaus die völlige Streichung der beiden Rechtssätze.

2. Ein anderer Vorschlag de lege ferenda findet sich in der Denkschrift des Preußischen Justizministers »Nationalsozialistisches Strafrecht«, 1933, S. 127. Hier wird unter Berufung auf die Carolina Art. 105 für den Richter die Möglichkeit gefordert, »etwaige Lücken des Strafgesetzbuches, ähnlich wie nach Art. I Abs. 2 Einleitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches v. 10. 12. 1907 und nach § 63 des bäuerlichen Erbhofrechts – preußisches Gesetz v. 15. 5. 1933 * 103) – so zu ergänzen, als wenn er zum Gesetzgeber im einzelnen Falle erhoben wäre«. * 104) Als Gesetzesvorschlag wird dann unterbreitet, den § 2 Abs. 1 St. G. B. inhaltlich und auch dem Wortlaut nach stehen zu lassen, doch folgenden Zusatz anzufügen:

> »Ist aber eine nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Handlung nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich und wird ihre Bestrafung nach dem einem bestimmten Strafgesetz zugrundeliegenden Rechtsgedanken gefordert, so hat der Richter für die Tat eine Strafe innerhalb des Rahmens des entsprechend angewandten Strafgesetzes festzusetzen«. * 105)

Sowohl der allgemeine Vorschlag Peters als auch der festgelegte Wortlaut der Denkschrift laufen beide auf Beseitigung des Rechtssatzes nullum crimen sine lege hinaus; denn nichts anderes bedeutet der Zusatz der Denkschrift, nach dessen weiter Fassung Analogie zuungunsten des Täters unbeschränkt zulässig ist. * 106) Sind nun diese Folgerungen vom Standpunkt des beschränkt-totalen Staates haltbar?

b. Ganz allgemein ist zu beiden Vorschlägen zu sagen, daß vom Standort des absolut-totalen Staates diese zu billigen sind. Wie aber ausgeführt, scheint der Nationalsozialismus

---

* 102) vgl. Peters a. a. O.
* 103) nunmehr Reichserbhofgesetz v. 29. 9. 1933, § 56.
* 104) vgl. Denkschrift a. a. O.
* 105) vgl. Denkschrift a. a O.
* 106) Die Denkschrift verlangt allerdings ein „einem bestimmten Strafgesetz zugrundeliegenden Rechtsgedanken". Aus der Wortfassung „bestimmten Strafgesetz" ist zu entnehmen, daß damit strafbegründendes Gewohnheitsrecht ausgeschlossen ist, die Denkschrift also insoweit enger ist als der allgemeine Vorschlag Peters.

einer autoritär, national-rechtsstaatlichen Staatswirklichkeit zuzustreben. Wenn aber für den deutschen Staat die beschränkt-totale Staatsform, der nationale Rechtsstaat, das Staatsbild der Zukunft ist, so folgt hieraus, daß der Staat die Eigenständigkeit des Gliedes gesetzlich festlegen muß. Der Staat läßt also in Selbstbeschränkung dem einzelnen einen autonomen Bereich.

In der neuesten Literatur wird die Rechtsstellung des einzelnen als Reflex deutscher Kulturordnung bezeichnet. Als Gründe für die Gewährung eines eigenständigen Bereichs für den einzelnen werden angeführt: das Interesse des totalen Staates an der genauen Feststellung, wo und auf welche Weise er dem einzelnen einen vom Staat unabhängen Bereich belassen vermag, das historisch Überkommene und schließlich die Notwendigkeit von »Rechtsschranken für die Verwaltung um des Rechtsstaates willen«.* 107)

Aus dem Begriff der Selbstbeschränkung, der Ausdruck des völkischen, nationalen Rechtsstaates ist, folgt aber für das Strafrecht, daß auch hier der Staat dem einzelnen als Glied des Volksganzen gegenübertritt. Es muß also eine gewisse Bindung des Richters stattfinden. Dahm-Schaffstein* 108) sehen den Grund darin, daß das Strafrecht »wesentlicher Bestandteil der Staatsgewalt« ist und dem Staat »die Handhabung dieses Machtmittels« gesichert werden muß. Deshalb könne der Staat

> »die Handhabung dieses Machtmittels nicht ganz dem Ermessen des Richters anheimgeben ... In dem Wunsch nach Bindung des Richters treffen also in gewissem Maße liberales und rechtsstaatliches Denken auf der einen Seite und konservativ-autoritäre Anschauungen auf der anderen Seite zusammen«.* 109)

Zu denselben Folgerungen kommt eigentlich neuestens v. Gemmingen,* 110) wenn er meint, daß ein Buchstabenkult »weitgehend der heroischen Auffassung des arisch-nordischen Menschen« entspreche. Dieser Folgerung geht die These voraus, daß »die Stoßkraft des Strafrechts auf der unerbittlichen Festigkeit seiner schriftlich niedergelegten Drohungen beruht«,* 111) die zum Zwecke einer energischen Verbrechensbekämpfung notwendig seien.

---

* 107) vgl. Tatarin-Tarnheyden in DJZ 1933 S. 1228 ff. Für ihn liegt „in der Garantie volkshafter Persönlichkeitsstellung .... ältestes deutsches Erbe".
* 108) vgl. Dahm-Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht, 1933.
* 109) vgl. Dahm-Schaffstein a. a. O., S. 52.
110) vgl. v. Gemmingen, Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers, Heidelberg 1933, S. 18.
* 111) vgl. v. Gemmingen a. a. O.

Die Bindung des Strafrichters an das Gesetz entspricht also dem autoritär-völkischen Rechtsstaat. Sie ist Teil der Selbstbeschränkung des Staates bei Eingriffen gegenüber dem einzelnen. Die Geltendmachung des staatlichen Strafanspruchs ist aber immer Einwirkung des Staates auf den einzelnen. Selbstgenügsamkeit hierbei aber bedeutet, daß der Staat eine Handlung nicht strafrechtlich ahnden kann, wenn deren Strafbarkeit nicht gesetzlich festlag. Damit ist die These belegt, daß der beschränkttotale Staat, der nationale Rechtsstaat an dem Grundsatz nullum crimen sine lege festhalten muß. Von diesem allgemeinen Ergebnis aus sind nun für die im Rechtssatz nullum crimen sine lege enthaltenen Verbote nachstehende Folgerungen zu ziehen.

1. Die Analogie zuungunsten des Täters ist unzulässig, wenn man durch Analogie zur Bestrafung einer positiv-gesetzlich nicht strafbaren Handlung nach einem aus einer Reihe von Einzelgesetzen gefundenen Prinzip gelangt. Diese sogenannte Rechtsanalogie wird verschiedentlich mit der Gesetzesanalogie gleich behandelt.* 112) Diese Gleichsetzung ist aber unhaltbar; denn Gesetzesanalogie bedeutet Erstreckung des positiven Strafgesetzes auf nicht tatbestandsmäßige Handlungen, ist also nicht wie die Rechtsanalogie freie Rechtsfindung, sondern ähnelt der Auslegungsweise der extensiven Interpretation.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Analogie wird überall da bedeutsam, wo eine Lücke im Gesetz besteht. Der Rechtssatz nullum crimen sine lege schließt nun die Analogie praeter legem oder contra legem aus. Dem Richter ist verboten, durch Analogieschluß neue Straftatbestände aufzustellen. Etwas anderes ist es, wenn der erklärende Wille des Gesetzes ermittelt werden soll.* 113) Für den Richter ist also immer die entscheidende Frage diese, ob das Ergebnis noch innerhalb des Gesetzes liegt. Hier ist auch der Punkt, wo sich die Geister scheiden.

Exner* 114) vertritt z. B. die Auffassung, durch extensive Interpretation des Gesetzes den § 2 Abs. 1 St.G.B. und damit den Art. 116 RV mit seinem Verbot der strafbegründenden Analogie auszuräumen. Gegen die Zulässigkeit der extensiven Interpretation ist an sich nichts einzuwenden; doch ist im Rah-

---

* 112) vgl. hierzu Binding, Handbuch Bd. I, S. 216; Wachenfeld, Lehrbuch, S. 44.

* 113) vgl. Binding, Handbuch, S. 213; M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S. 27, der eine Zusammenstellung dieser möglichen Fälle gibt

* 114) vgl. Exner, Gerechtigkeit und Richteramt, Leipzig 1922, S. 50 ff., nach dem nur Gewohnheitsrecht und freie Rechtsfindung, nicht aber Analogie ausgeschlossen sein soll.

men des § 2 Abs. 1 St.G.B. die Frage immer diese, ob das gewonnene Ergebnis sich noch intra legem hält. Mit Recht weist daher v. Gemmingen* 115) darauf hin, daß nach Exner »der Sinn des § 2 zu einer platten Tautologie« herabsinkt, wenn man »gesetzlich für rechtlich« liest.* 116) Folgt man dieser Auffassung, so würde § 2 nur den Sinn haben, daß die vom Richter verhängte Strafe auf dem Recht beruhen müsse. Dieser Ausspruch wäre aber unnötig; denn es entspricht dem »Wesen der Justiz, Rechtsnormen zu verwirklichen«.* 117) Als Ergebnis dieses Teils der Untersuchung muß also für den beschränkt-totalen Staat daran festgehalten werden, daß dem Richter eine Formung von Straftatbestände kraft Analogieschlusses verboten ist. Damit ist die Rechtsanalogie unzulässig. Gegen die Erstreckung des positiven Strafgesetzes im Wege der Gesetzesanalogie ist jedoch nichts einzuwenden.

2. Der Grundsatz nullum crimen sine lege fordert aber nur, daß die Strafbarkeit eines Tuns gesetzlich bestimmt sein muß. Damit ist ganz allgemein die gewohnheitsrechtliche Entstehung von Geboten und Verboten nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Man unterscheidet nun echtes und unechtes Gewohnheitsrecht.* 118) Das echte Gewohnheitsrecht ist die »dem Gesetzesrecht parallel laufende Rechtsquelle.* 119) Das unechte Gewohnheitsrecht, z. B. als Verkehrssitte bezeichnet, steht im Gesetzesrecht. Es geht also nur darum, ob das echte Gewohnheitsrecht zulässig ist.

Hierbei muß davon ausgegangen werden, daß die Strafdrohung das Verbotensein einer Handlung voraussetzt. Für das Strafgesetz stehen also nur solche Gesetze in Frage, für deren Zuwiderhandlung eine Straffolge ausgesprochen ist. Hieraus folgt, daß das Gebot oder Verbot in dem strafandrohenden Gesetz anerkannt sein muß. Folgeweise müssen die Gebote und Verbote sich auf ein Gesetz beziehen. Hieraus ergibt sich dann, daß strafbegründendes Gewohnheitsrecht durch den Rechtssatz nullum crimen sine lege ausgeschlossen ist.* 120)

---

* 115) vgl. v. Gemmingen, Strafrechtsneubau im Geiste Adolf Hitlers, 1933, S. 25, Anm. 2.
* 116) vgl. v. Gemmingen a. a. O.
* 117) vgl. v. Gemmingen a. a. O., der die Auffassung Exners und damit auch Peters als „juristische Unsauberkeit" bezeichnet. Er ist der Meinung, daß man dies besser dadurch vermeiden könne – vorausgesetzt, daß man mit Peters „das Rechtsgewissen dem Rechtsbuchstaben" vorzieht –, indem man § 2 und Art. 116 RV ganz abschafft.
* 118) M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 24 ff.
* 119) vgl. M. E. Mayer a. a. O.
* 120) vgl. M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 24; Frank, Komm. zu § 2 Nr. 1, S. 20; Binding, Handbuch, S. 201 ff. Unter Gesetz wird man jede geschriebene Norm zu verstehen haben, sofern sie von der

Verschiedentlich wird nun die Aufhebung eines Strafgesetzes durch Gewohnheitsrecht angenommen.* 121) Dies ist aber abzulehnen, denn letzte Folge dieser Auffassung würde sein, daß der Grundsatz nullum crimen sine lege, der heute in § 2 Abs. 1 St. G. B. und in Art 116 RV gesetzlich festgelegt ist, durch Gewohnheitsrecht beseitbar ist.* 122)

3. Ebenso unzulässig ist die Rückwirkung von Strafgesetzen, die eine vorher unverbotene Handlung nunmehr unter Strafe stellen; denn die Rückwirkung würde bedeuten, daß jemand für ein Tun bestraft werden würde, das nach den Bestimmungen zur Zeit der Handlung noch nicht strafbar war. Wie aber liegt der Fall, wenn ein zwar strafloses aber verbotenes Tun in Frage steht?

Ein Beispiel hierfür ist der vom Reichsgericht entschiedene Fall, ob die widerrechtliche Entziehung elektrischen Stromes strafbar sei.* 123) Das Reichsgericht hatte damals angenommen, daß der elektrische Strom keine Sache im Sinne des § 242 St. G. B. sei und konnte daher wegen Diebstahls nicht verurteilen.* 124) Ein Gesetz mit rückwirkender Kraft, das die Strafbarkeit dieses zwar verbotenen aber straflosen Tuns festgelegt hätte, würde der materiellen Gerechtigkeit gedient haben. Dieses Ergebnis würde auch dem universalistischen Rechtsbegriff entsprechen, nach dem Recht, Sitte und Moral eine untrennbare Einheit bilden.

Die Forderung nach Rückwirkung solcher Gesetze ist bereits früher aufgestellt worden.* 125) Man wollte allerdings die Rückwirkung auf die sogenannten »natürlichen Verbrechen« beschränken. Als »natürliche Verbrechen« bezeichnete man solche Verbrechen, die nach allgemeiner Volksanschauung besonders verabscheuenswürdig und sittlich verwerflich waren.

Die Unterscheidung von »natürlichen Verbrechen« und solchen des geltenden Rechts ist aber nicht haltbar. Weiterhin wird es sich hier nur um wenige Ausnahmefälle handeln.

---

zuständigen Stelle in der vorgeschriebenen Form gesetzt ist; vgl. Binding, Handbuch, 230.

* 121) Frank zu § 2, 1b, S. 21 bezeichnet dies als die herrschende Meinung.

* 122) Diese Folgerung zieht z. B. Finger, Lehrbuch, S. 111. Nach ihm muß nach Beseitigung des § 2 auch die positive Bildung des Gewohnheitsrechts anerkannt werden. Hiermit wäre aber der Rechtssatz nullum crimen sine lege in Frage gestellt.

* 123) vgl. Bd. 29, S. 111; Bd. 32, S. 165.

* 124) Um für die Zukunft die Strafbarkeit festzulegen, wurde ein besonderes Gesetz geschaffen, das Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit v. 9. 4. 1900.

* 125) vgl. R. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen im Gebiete des bürgerlichen und peinlichen Rechts, 1863.

Diese wenigen Ausnahmen rechtfertigen aber nicht die Aufgabe des Rechtssatzes nullum crimen sine lege. Der materiellen Gerechtigkeit ist weitgehenst Genüge getan, wenn die Rückwirkung strafschärfender Gesetze zugelassen wird. * 126)

Damit ist die These belegt, daß der beschränkt-totale Staat, der aus seinem Wesen heraus an dem Grundsatz nullum crimen sine lege festhält, der strafbegründenden Analogie, der Anwendung von Gewohnheitsrecht und der Rückwirkung von Strafgesetzen, die eine vorher erlaubte Handlung zur verbotenen machen, die Wirksamkeit versagt.

c. Wie steht es nun mit dem Rechtssatz nulla poena sine lege, der für das W i e der Verwirklichung eines gegebenen staatlichen Strafanspruchs Anweisung gibt, also über die Zulässigkeit der rückwirkenden Kraft von Strafgsetzen und über die Unbestimmtheit der Strafe aussagt.

1.) Die Frage der Rückwirkung gehörte von jeher zu einer der bestrittesten. Traeger stellt de lege ferenda vier mögliche Ansichten auf: * 127)

1. Anwendung des Gesetzes zur Zeit der Begehung der Tat, gleichgültig, ob zur Zeit der Aburteilung ein anderes Gesetz in Wirksamkeit ist (absolutes Verbot der Rückwirkung),

2. Grundsätzliche Anwendung des Gesetzes zur Zeit der Aburteilung, doch nur, wenn dieses milder ist (Rückwirkung des milderen Gesetzes),

3. Anwendung des zur Zeit der Aburteilung geltenden Gesetzes, jedoch dann nicht, wenn das Gesetz zur Zeit der Begehung der Tat milder ist (immer Rückwirkung mit Ausnahme des neuen strengeren Gesetzes),

4. Anwendung des zur Zeit der Aburteilung geltenden Gesetzes, wobei Voraussetzung ist, daß die Handlung auch nach dem Gesetze zur Zeit der Begehung der Tat strafbar war (ausnahmslose Rückwirkung auf früher begangene Straftaten).

Die Auffassung zu 2 und 3 kommen zu derselben Folgerung, der Anwendung des milderen Gesetzes. Es scheint also nur die Wahl zu bleiben zwischen unbedingter Rückwirkung oder ausnahmslosen Verbot der Rückwirkung.

Zur Lösung dieses Problems hat weitgehenst Binding beigetragen. Es ist sein bleibendes Verdienst, die Grundpositionen

* 126) Als eine Auswirkung des national-rechtsstaatlichen Prinzips im oben entwickelten Sinne hat z. B. das faschistische Italien in Art. 1 des italienischen Strafgesetzbuchs vom Jahre 1930 den Grundsatz nullum crimen sine lege aufrechterhalten.

* 127) vgl. Traeger, Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze in VDA Bd. VI, S. 317 ff.

der Wertung mit ihren Folgerungen für diese Frage klar herausgestellt zu haben.* 128) Nach Binding kommt es ganz darauf an, woraus die Strafberechtigung des Staates abgeleitet wird. Folgert man diese aus der Begehung der rechtswidrigen Tat, so enthält das Strafgesetz nur eine inhaltliche Bestimmung über das dem Staat zustehende ius puniendi. Hieraus folgt dann unbedingte Rückwirkung. Wenn jedoch nur die zur Zeit der Begehung gesetzlich mit Strafe bedrohte Tat strafbegründend wirkt, so ist eine Bestrafung nach einem rückwirkenden Gesetz unzulässig. Es kommt also auf die Bedeutung des Strafgesetzes in Hinsicht auf sein Verhältnis zum Delikt an.* 129) Es kann dieses vom Täter oder vom Staate her gewertet werden.

Von der Täterseite her gesehen, ist die Frage so zu stellen: Hat der Gesetzesverletzer ein Recht, nicht härter als nach dem Gesetze bestraft zu werden, das zur Zeit der Begehung der Tat in Geltung war? Dieses »Recht« wird verschiedentlich als »wohlerworbenes Recht« bezeichnet. Es soll ein Grundrecht des einzelnen sein,

> »daß alles, was einmal als zum Inhalt des allgemeinen Geistes gehörend bereits anerkannt ist, auch für ihn sei und ihm, dem einzelnen, zugutekommt«.* 130)

Für Vertreter dieser Auffassung bildet das Verbot der Rückwirkung des strengeren Gesetzes also eine Garantie der Freiheit des einzelnen. Als solche wird es auch klar herausgestellt.* 131) Diese Wertung des Strafgesetzes vom Täter her führt somit zum unbedingten Verbot der Rückwirkung des strengeren Gesetzes.* 132)

Ein solches Recht des Verbrechers ist aber abzulehnen. Zutreffend führt hierzu Hälschner aus, dieser könne ja dann verlangen,

---

* 128) vgl. näheres hierzu Binding, Handbuch § 51, S. 230 ff.
* 129) vgl. Binding, Handbuch a. a. O.
* 130) vgl. Lassalle, System der erworbenen Rechte, 2. Aufl. Bd. I, S. 295–301.
* 131) vgl. Ortolan, Elements de droit pénal, 4. éd par Bonnier, Paris 1875, S. 573:
„La vraie et majeure raison c'est qu'il n'y aurait aucune sécurité pour les habitants si la pénalité était même à l'égard des actes passées, à la merci du législateur ou du juge. La loi et les jurisductions pénales qui sont faites dans les sociétés pour donner sécurité à la population, deviendraient elles mêmes une cause d'alarmes, d'inquiétude incessamment suspendue sur chacun, et feraient souvent en cela un mal plus grand que le mal auquel elles auraient pour but de remédier".
* 132) vgl. Seeger Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze Tübingen 1862 § 23, S. 83:
»Es ist ein Grundrecht des Bürgers, nach keinem härteren Gesetz beurteilt zu werden, als nach demjenigen, unter dessen Herrschaft er gehandelt hat«.

»daß er aus dem Konflikt zwischen rechtlicher Norm und seinem rechtlichen Gewissen, in den er durch die Tat geraten ist, erlöst wird«. * 133)

Das heißt also, der Verbrecher könnte fordern, nach dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetz bestraft zu werden. Zu dem gleichen Ergebnis führt die Feuerbachsche Theorie vom psychologischen Zwang; denn nach dieser muß die im Gesetz angedrohte Strafe zur Unterdrückung der Straftat beigetragen haben, d. h. also, der Verbrecher muß sich bei seinen Erwägungen darauf verlassen können, daß ihn nur die im Gesetz der Begehungszeit angedrohte Strafe trifft.

Es ist nun das große Verdienst Bindings, die Unhaltbarkeit dieser Thesen nachgewiesen zu haben. Nach ihm hat der Rechtsbrecher kein Recht auf die Strafe. Das Verhältnis zwischen Staat und Verbrecher ist kein privatrechtliches; denn wenn es so wäre,

»könnte von Strafbarkeit überhaupt nur die Rede sein, wenn der Delinquent bei seiner Tat Maß und und Art der ihm gedrohten Strafe kennte, und alle Strafgesetze würden damit illusorisch« * 134)

sein. Vielmehr regle das Strafgesetz Rechte und Pflichten des Staates. Der Rechtsbrecher ist nicht »Partei eines Rechtsgeschäfts«.* 135) An ihn richtet sich nur die Norm, das Strafgesetz dagegen wendet sich an den Richter.* 136) Wenn also bei gleichbleibender Norm der Staat zur Überzeugung gelangt, die alte Strafdrohung genüge nicht zur Abgeltung der Tat und daher eine schärfere mit rückwirkender Kraft an deren Stelle setzt, so ist damit lediglich eine neue Anweisung an den Richter ergangen. Die Strafbarkeit des Täters nach dem neuen Gesetz ergibt sich aber daraus, daß er der dem alten und neuen Gesetz zugrundeliegenden Norm zuwidergehandelt hat. Der Aburteilung nach dem neuen Gesetz steht somit keinerlei Recht des Täters entgegen:* 137)

»Der Verbrecher hat kein Recht auf die Strafe eines bestimmten Gesetzes: Der Inhalt seiner Straferduldungspflicht bestimmt sich allein nach dem Inhalt

---

* 133) vgl. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I, S. 121.
* 134) vgl. Binding, Normen, Bd. I § 25, S. 176.
* 135) vgl. Binding, Handbuch, Bd. I § 51, S. 230, § 52, S. 236.
* 136) vgl. hierüber Binding, Normen, Bd. I, S. 19 ff., 66 ff.
* 137) Zutreffend weist Traeger auf die Inkonsequenzen der herrschenden Lehre hin. Er ist mit Recht der Auffassung, daß vom Standpunkt der Bewahrung der Bürgerfreiheit auch die Rückwirkung von Prozeßgesetzen verboten sein müßte. Doch gerade dies billige die herrschende Lehre vgl. Traeger in VDA, VI, S. 368 ff.

des staatlichen Strafrechts; und dieses normiert das Strafurteil«. * 138)

Es ist also erforderlich und genügend, wenn die Tat als strafbare Handlung normiert war. * 139)

Wie stehen nun die bisher vorliegenden Vorschläge de lege ferenda zu diesem von Binding und Traeger gebilligten Ergebnis?

A) Der Entwurf des allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches v. 14. 5. 1927 hat in den §§ 2,3 das Verbot der Rückwirkung des strengeren Gesetzes festgelegt. Diese Reglung ist schlüssig, wenn man bedenkt, daß der Entwurf hierbei im Denken der Aufklärung wurzelt und in diesen Bestimmungen die individuelle Freiheit des einzelnen weitgehendst sichern wollte. * 140)

B) Ein weiterer Vorschlag de lege ferenda findet sich in der Denkschrift des Justizministers, Nationalsozialistisches Strafrecht, 1933, S. 127. Hierin wird grundsätzlich die Aburteilung nach dem mildesten Gesetz betont. Eine Ausnahme soll nach der Praxis zu § 2 Abs. 2 St. G. B. und nach § 3 des Entwurfs dann vorgesehen sein, »wenn die Strafbarkeit wegen Wegfalls tatsächlicher Verhältnisse, also nicht infolge eines Wandels der Rechtsanschauung, aufgehoben ist«. * 141) Für die Zulässigkeit der Rückwirkung des strengeren neuen Gesetzes wird folgender Wortlaut vorgeschlagen:

> »Neue Strafvorschriften, die zur Zeit der Begehung der Tat noch nicht galten, sind zuungunsten des Täters anzuwenden, wenn die Tat bereits zu jener Zeit nach allgemeiner Überzeugung strafwürdig und sittlich verwerflich war oder bereits die neu bestimmte Strafe verdient hätte«. * 142)

Die Denkschrift macht also die Rückwirkung davon abhängig, ob die Tat »nach allgemeiner Überzeugung strafwürdig und sittlich verwerflich war oder bereits die neue bestimmte Strafe verdient hätte«. Offen bleibt jedoch die Frage, ob das neue

---

* 138) vgl. Binding, Handbuch, § 52, S. 240.
Auf Grund seiner Normentheorie kommt Binding dazu, dieses Ergebnis als vereinbar mit dem Rechtssatz nulla poena sine lege zu bezeichnen; denn „macht man sich los von der falschen Vorstellung, der Verbrecher übertrete ein bestimmtes Strafgesetz und habe demgemäß ein Recht auf diese Strafe, so ist ja dem Erfordernis genügt, daß das strafende Delikt durch ein Strafgesetz schon zur Zeit seiner Begehung und noch zur Zeit seiner Aburteilung mit Strafe bedroht war"; vgl. Binding, Handbuch, S.240.
* 139) vgl. Traeger ausführlich S. 333.
* 140) vgl. auch die Begründung des Entwurfs, S. 1 ff, 6-7.
* 141) vgl. Denkschrift a. a. O.
* 142) vgl. Denkschrift a. a. O.

Gesetz die Rückwirkung ausdrücklich zu bestimmen hat oder aber, ob dem Richter die Anwendung der schärferen Strafe auch dann gestattet ist, wenn das neue Gesetz die Rückwirkung nicht ausspricht.

C) Der Vorschlag des Entwurfs von 1927 ist von der hier eingenommenen universalistischen Grundhaltung abzulehnen. Ebenso erscheint mir der Vorschlag der Denkschrift als zu unklar gefaßt vom Standpunkt des beschränkt-totalen Staates nicht haltbar. Wenn man die eine Möglichkeit betrachtet, die die Denkschrift enthält – Anwendung des schärferen neuen Gesetzes ohne gesetzlich festgelegte Rückwirkung – so muß man zu dem Schluß kommen, daß dies dem Wesen des beschränkt-totalen Staates widerspricht; denn der Richter, der Staatsgewalt ausübt, muß an die Normen, die der Staat ihm setzt, gebunden sein. Wenn der Staat in dem neuen Gesetz aber die Rückwirkung nicht ausspricht, so gibt er damit zu erkennen, daß er diese nicht für erforderlich hält.

Weiter ist die Auffassung der Denkschrift, nur dann Rückwirkung zuzulassen, wenn die Tat strafwürdig und sittlich verwerflich ist oder die neue Strafe verdient hätte als unnötige Einschränkung abzulehnen.* 143) Vielmehr ist der Standort Bindings und Traegers von der oben entwickelten universalistischen Grundhaltung her mit folgenden Abweichungen für vertretbar anzusehen und zwar aus folgenden Gründen:

Wir haben gesehen, daß das unbedingte Verbot der Rückwirkung des strengeren Strafgesetzes eine Forderung des politischen Liberalismus ist und in der oben dargelegten individualistischen Grundhaltung wurzelt. Das Verbot diente weitgehendst zur Aufrechterhaltung der Freiheit des einzelnen, zum Schutze des einzelnen vor Eingriffen des Staates. So wurde der Rechtssatz nulla poena sine lege zum Fundament des liberalen Rechtsstaates.

Der nationale Rechtsstaat hingegen, den wir als universalistische Wertung des allgemeinen Rechtsstaatsbegriffes erkannten, gewährt zwar dem einzelnen als Glied der Volks- und Rassengemeinschaft einen autonomen Bereich. Hieraus folgt aber für das Strafrecht nur, daß der Staat immer nur dann ein ius puniendi hat, wenn das Handeln des Täters einen gesetzlich festgelegten Straftatbestand erfüllt. Ist aber erst einmal die Norm übertreten und damit die Mißachtung des Gesetzes ausgesprochen, so entspricht es dem Führerprinzip, daß der Täter für sein Tun voll einsteht und die Strafe aufsichnimmt, die der Staat zur

* 143) Diese Einschränkung kann allerdings auch sehr weit aufgefaßt werden.

Abgeltung der Tat für erforderlich ansieht.* 144) Dem Staat als dem Transpersonalem muß also die Kundgabe seiner Strafmacht durch Erlaß strengerer und rückwirkender Strafgesetze gestattet sein. Dies wird immer dann eintreten, wenn der Staat zu der Erkenntnis gelangt, daß die Strafdrohung für irgendeine Normübertretung zu gering ist. Hieraus folgt, daß der Staat bei Erlaß von Strafgesetzen dieser Überzeugung Ausdruck verleihen und die Rückwirkung des neuen Gesetzes festlegen muß.

Wenn also in dem neuen Gesetz hierüber nichts bestimmt ist, so läßt damit der Staat erkennen, daß er zur Abgeltung der unter der Herrschaft des alten Gesetzes begangenen strafbaren Handlung das alte Strafmaß für ausreichend ansieht. In diesen Fällen bleibt es also dabei, daß der Richter das für den Täter mildeste Gesetz anzuwenden hat. Ist jedoch das neue Strafgesetz milder, so muß auch hier der Staat ausdrücklich deren Rückwirkung anordnen; denn er kann der Auffassung sein, daß zur Abgeltung der unter dem strengeren alten Strafgesetz begangenen Straftaten die alte schärfere Strafe erforderlich ist. In diesem Falle wird das neue Gesetz die Bestimmung der Rückwirkung nicht haben. Liegt es jedoch so, daß durch den Erlaß des milderen Gesetzes der Staat einer allgemeinen Überzeugung Ausdruck verleiht, die Strafe des alten Gesetzes sei zu streng, so muß er dies dadurch zum Ausdruck bringen, daß er die Rückwirkung des neuen milderen Gesetzes anordnet. Findet sich hierüber keine Bestimmung, so verbleibt es bei der Anwendung des alten strengeren Gesetzes.

Eine erste Durchführung dieser Grundsätze enthält das Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe v. 29. 3. 1933 (RGBL I, 151). Hier wird in § 1 des Gesetzes bestimmt, daß die in § 5 VO des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat v. 28. 2. 1933 festgelegten Strafschärfungen für bestimmte Delikte auch für die in der Zeit vom 31. 1. 1933 bis 28. 2. 1993 begangenen Straftaten zu verhängen sind. Es ist also damit von Gesetzeswegen der Grundsatz der Rückwirkung des strengeren Gesetzes ausgesprochen.

Dieses Gesetz entspricht aber nicht nur den hier dargelegten Prinzipien, sondern verstößt auch nicht gegen die lex lata. Dies ergibt sich daraus, daß § 2 St.G.B. durch Art. 116 RV als das jüngere Gesetz beseitigt ist; denn Art. 116 RV fordert nur, daß »die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde«.* 145)

---

* 144) Nicolai, Rückwirkende Kraft von Strafgesetzen in JW 1933, Heft 42, S. 2315 begründet diese Folgerung vom Prinzip der materiellen Gerechtigkeit her.

* 145) sc E 56, S. 318.

Diese Auffassung wird von der bisher herrschenden Lehre restlos abgelehnt. Die eine Meinung nimmt sachliche Übereinstimmung zwischen § 2 Abs. 1 St.G.B. und Art. 116 RV an.* 146) Im einzelnen sind hierbei die Folgen der Inhaltsgleichheit streitig.* 147) Eine andere Meinung geht von der Nichtübereinstimmung des § 2 St.G.B. und Art. 116 RV aus.* 148) Art. 116 RV enthalte lediglich die verfassungsrechtliche Garantie des einen Teiles des § 2 Abs. 1 St.G.B., des Verbotes der gesetzlosen Bestrafung. Der andere Teil des § 2 Abs. 1 St.G.B., das Verbot der Rückwirkung strafschärfender Gesetze und das Verbot unbestimmter Strafen, werde durch Art. 116 RV nicht berührt. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist widerspruchsvoll und führt zu keiner Lösung.* 149)

M. E. ist der bisher herrschenden Lehre nur insoweit zu folgen, als sie von der Nichtübereinstimmung des § 2 Abs. 1 St.G.B. und des Art. 116 RV ausgeht.* 150) Nun aber zu sagen, der Gesetzgeber habe damit nur einen Teil des § 2 Abs. 1 St.G.B. verfassungsrechtlich garantieren wollen, während der andere, das Verbot der Rückwirkung strafschärfender Gesetze und das Verbot der Unbestimmtheit der Strafen davon unberührt bleiben, also weiter gelte, ist nicht angängig; denn wenn man den § 2 Abs. 1 St.G.B. schon als »Grundrecht des Bürgers« bezeichnet, so hätte der Weimarer Verfassungsgesetzgeber gerade deshalb auch den zweiten Teil des § 2 Abs. 1 St.G.B. in die Verfassung aufnehmen müssen. Aus dem Fehlen dieses Teils des § 2 Abs. 1 St.G.B. wird man aber gerade entnehmen müssen, daß der Verfassungsgesetzgeber bewußt eine Neuformung des § 2 Abs. 1 St.G.B. durch Art. 116 RV hat vornehmen wollen. Der von ihm gewählte Text, nach dem zur Bestrafung nur erforderlich ist, daß die Strafbarkeit gesetzlich festgelegen haben muß, zeigt dies deutlich. Von hier aus muß dann die Folgerung gezogen werden, daß Art. 116 RV als das jüngere Gesetz den § 2 Abs. 1. St.G.B. aufhebt. Es ist also geltendes Recht, daß nur die Strafbarkeit einer Handlung bestimmt gewesen sein muß, nicht aber auch bereits die Strafe gesetzlich festlag. Daraus ergibt sich aber, daß das Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe v. 29. 3. 1933 der lex lata entspricht.

* 146) vgl. Liszt-Schmidt, Lehrbuch § 18; Ebermayer in Lpz. Komm., S. 120 und Anschütz, Verfassung, S. 483.

* 147) Anschütz und Liszt-Schmidt nehmen Ersetzung an. Ebermayer a. a. O. und v. Hippel in ZSTW Bd. 42, S. 405 sind der Meinung, § 2 Abs. 1 St. G. B. gelte neben Art. 116 RV weiter.

* 148) vgl. Frank zu § 2, I, S. 20; Mezger, Lehrbuch.

* 149) In E 56 S. 318 wird Ersetzung angenommen. E 57 S. 406 behauptet sachliche Übereinstimmung. E 58 S. 406 zitiert beide Bestimmungen. E 60 S. 363 und E 63 S. 252 stützen sich wieder auf § 2 St. G. B.

* 150) vgl. Frank a. a. O., Mezger a. a. O.

2. Bei der Unbestimmtheit der Strafe muß unterschieden werden zwischen absolut und relativ-unbestimmten Strafen. Nach der bisher herrschenden Meinung waren absolut-unbestimmte Strafen zu Händen des Richters unzulässig, da sie dem Grundsatz nulla poena sine lege widersprechen. Rechtsgeschichtlich ist »der Richter das ursprüngliche und natürliche Organ der Rechtsgemeinschaft zur Bestimmung ihres Strafanspruchs«.* 151) Um der Strafwillkür vorzubeugen, wurden dann von Staatswegen Gesetze über die Strafzufügung erlassen. Der heute bestehende Zustand bringt die Richterfreiheit in Einklang mit der Rechtssicherheit durch Einführung relativ bestimmter Strafbestimmungen.* 152)

Das Verbot der absolut unbestimmten Strafen gehört zum Inhalt des Rechtssatzes nulla poena sine lege. Dieser Grundsatz wurde von der beschränkt-totalen Staatsauffassung her in Hinblick auf das Verbot der Rückwirkung strengerer Strafgesetze verworfen. Muß nun dieser Grundsatz ebenso in Hinsicht auf das Verbot absolut-unbestimmter Strafen fallen?

Bei Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß der Staat als Gesetzgeber der materiellen Gerechtigkeit dient. Er hat seine Rechtsnormen im Einklang mit Sitte, Sittlichkeit und Moral zu formen. Dieses Prinzip der Gerechtigkeit bedeutet aber, daß »das richtige Verhältnis von Strafbarkeit und Straflosigkeit und das richtige Verhältnis von Verbrechen und Strafe« * 153) gefunden werden muß. Wenn nun der Staat bei absolut-unbestimmten Gesetzen dem Richter die Straffestsetzung überläßt, so fehlt es damit an einem Maßstab gerechter Strafen.

Für den beschränkt-totalen Staat wurde nun das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit aufgestellt. Es entspricht also dem Wesen des nationalen Rechtsstaates, von Staatswegen für die einzelnen Straftaten diejenigen Strafen festzulegen, die der Staatszweck, die Aufrechterhaltung der Volks- und Rassengemeinschaft, erfordert. Es ist daher nicht angängig, die Strafbarkeit eines bestimmten menschlichen Verhaltens festzulegen und dem Richter völlig die Strafzumessung zu überlassen. Der beschränkt-totale Staat kann daher nicht darauf verzichten, den Rahmen für die Strafe anzugeben, der vom Staatszweck her

* 151) vgl. Lobe in Lpz. Komm., 4. Aufl., 1929 zu § 2, Nr. 8, S. 125 und die dort zitierte Literatur.

* 152) Absolut-unbestimmt ist das Strafgesetz dann, wenn die Strafe weder der Art noch dem Maße nach festliegt. Eine relativ unbestimmte Strafdrohung liegt dann vor, wenn der Richter innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens die Strafe bestimmt; vgl. hierüber Frank, Komm. zu § 2, II 1 und 2, S. 22.

* 153) vgl. Binding, Handbuch Bd. I, § 5, S. 32

zur Abgeltung der Tat notwendig ist. Nur so findet eine Ergänzung von Gesetzgeber und Richter statt, die als Gerechtigkeitsorgane beide dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit im Interesse der Aufrechterhaltung der Volks- und Rassengemeinschaft dienen. Damit sind von der beschränkt-totalen Staatsauffassung her absolut-unbestimmte Strafgesetze für unzulässig anzusehen. Die Strafzumessungstätigkeit des Richters hat sich daher in dem vom Staate bestimmten Rahmen zu halten.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch noch aus einem weiteren Grunde. Der Richter, der Staatsgewalt ausübt, muß in seiner gliedhaften Stellung das ihm übergeordnete Staatsganze als schlechthin bindend anerkennen. Dies entspricht dem Führerprinzip, dem einen Eckpfeiler des nationalen Rechtsstaates. Der Staat muß also dem Richter Weisungen darüber geben, was er zur Abgeltung der Straftat für ausreichend ansieht. Diese Weisung kann aber nur darin bestehen, daß der Staat dem Strafgezetz einen Strafrahmen zufügt, innerhalb dessen der Richter seine Strafzumessungstätigkeit ausübt. Also nicht Vorbeugung von Richterwillkür ist der Grund, der absolut-unbestimmte Strafen für unzulässig erscheinen läßt, sondern der Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit und das Führerprinzip, beides Fundamente des beschränkt-totalen Staates. Nicht der individualistische Grundsatz, dem einzelnen seine Freiheit zu gewährleisten, bestimmt die Ablehnung, sondern der Staatszweck und damit die Prinzipien des nationalen Rechtsstaates.

Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewandt werden, daß der totale Staat es doch gerade erfordere, nur die Strafbarkeit einer Handlung festzulegen und im übrigen bei der Strafzumessung den Richter auf die zur Aburteilung der Tat vorhandenen tatsächlichen Gegebenheiten zu verweisen, sodaß dieser als Ausüber der Staatsgewalt totalitär die Strafe festsetzt. Diese Auffassung ist als unhaltbar anzusehen, da sie einmal nicht vom Staatsganzen ausgeht, sondern vom Richter als Glied und sodann übersieht, daß ja der Staat die Verwirklichung des Strafanspruchs beliebig erweitern kann, je nachdem er die zur Abgeltung der Tat bestimmte Strafe für angemessen hält. Der Staat kann nach dem oben gewonnenen Ergebnis jeder Zeit ein strafschärfendes Gesetz mit rückwirkender Kraft erlassen. Einzige Voraussetzung hierfür ist, daß die in Frage stehende Handlung schon vor Erlaß des neuen Gesetzes strafbar war.

6. Abschnitt:

Zusammenfassung und Gesetzesvorschlag.

Wir sind mit Vorstehendem vom Ursprung der beiden Rechtssätze ausgegangen und haben gesehen, daß diese weder römischrechtlicher noch deutschrechtlicher Herkunft sind. Es wurde vielmehr die Erkenntnis gewonnen, daß die beiden Rechtssätze eine strafrechtliche (Feuerbach) und staatsrechtliche Wurzel (Montesquieu) haben, die beide auf einen gemeinsamen Stamm, die individualistische Grundlehre, zurückgehen. Diese Grundlehre zeitigte eine ganz bestimmte Auffassung von Recht und Staat, dem die beiden Rechtssätze mit Notwendigkeit entsprachen und als Forderungen des politischen Liberalismus in unser heute noch geltendes Strafgesetzbuch Aufnahme fanden.

Die kritische Betrachtung zeigte die Unhaltbarkeit der individualistischen Grundlehre und führte zum Aufbau der universalistischen These, die nicht etwa als Gegenteil der individualistischen Lehre aufzufassen ist. Sie ist vielmehr eine arteigne These, die den Lebensgegebenheiten allein entspricht. Von dieser Grundposition aus konnte als Folge eine ganz bestimmte Auffassung von Recht und Staat entwickelt werden.

Das Recht wurde als ein »Meistbegriff« erkannt, das als Stück des Lebens der Gemeinschaft eine Einheit mit Sittlichkeit, Sitte und Moral bildet. Für den Staat gewannen wir den Begriff des absolut-totalen und des beschränkt-totalen Staates und erkannten als eine seiner Aufgaben, zur Durchsetzung des Staatszwecks – der Aufrechterhaltung der Volks- und Rassengemeinschaft – das vor dem Staate vorhandene Recht in Gesetze zu formen. Der Staat als Vertretungsform der nationalen Volksgemeinschaft hat also dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit zu dienen.

Vom Staatspolitischen her konnten dann für die beiden Rechtssätze die Folgerungen gezogen werden. Hierbei sahen wir, daß es ganz auf die Form staatlichen Lebens ankommt. Je nachdem man den absolut-totalen oder den beschränkt-totalen Staat fordert, gelangt man zu verschiedenen Ergebnissen in Hinsicht auf die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege und nulla poena sine lege.

Vom absolut-totalen Staate her kamen wir zur Ablehnung beider Rechtssätze; denn diese sind Ausdruck der Selbstbeschränkung des Staates bei Eingriffen gegenüber dem einzelnen. Dem absolut-totalen Staat aber ist äußerste Machtausweitung wesenhaft. Er ist befugt, in alle Lebensbereiche des einzelnen weitgehendst einzugreifen. Diese staatliche Notwendigkeit wurde an Hand des sowjetrussischen Beispiels nachgewiesen. Das

Strafrecht des absolut-totalen Staates kann daher die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege und nulla poena sine lege nicht enthalten.

Für den beschränkt-totalen Staat, der deutsche Staatswirklichkeit zu werden scheint, wurde zweierlei als wesentlich erkannt: Einbau des Führergedankens in den Staat, ständische Selbstverwaltung im Staat. Weiterhin wurde der beschränkt-totale Staat als nationaler Rechtsstaat erkannt, der die universalistische Wertung des allgemeinen Rechtsstaatsbegriffs darstellt. Aus der Idee des nationalen Rechtsstaates folgte die verfassungsrechtlich festzulegende Selbstbeschränkung des Staates als Ganzheit gegenüber dem einzelnen als Glied. Der nationale Rechtsstaat läßt also dem einzelnen einen autonomen Bereich. Für das Strafrecht wurde hieraus die Folgerung gezogen, daß auch hier der Staat dem einzelnen als Glied der Volksgemeinschaft gegenübertritt. Aus dem Führerprinzip wurde für den Richter die Erkenntnis gewonnen, daß dieser durch den Staat an die von diesem zum Zwecke der Aufrechterhaltung der nationalen Volks- und Rassengemeinschaft erlassenen Gesetze gebunden sein muß. Diese Bindung aber ist Teil der Selbstbeschränkung des Staates bei Eingriffen dem einzelnen gegenüber. Dies aber bedeutet strafrechtlich die Anerkennung des Rechtssatzes nullum crimen sine lege.

Als wesentlich für den Inhalt des Rechtssatzes nullum crimen sine lege wurde gefunden, daß dieser das »ob« der Strafe regelt, also Antwort auf die Frage gibt, ob der Staat bei einer bestimmten menschlichen Handlung ein ius puniendi hat. Damit war der Inhalt dieses Rechtssatzes dahin bestimmt, daß er das Verbot der Analogie, des strafbegründenen Gewohnheitsrechts und der Rückwirkung von Strafgesetzen enthält, die eine vorher unverbotene Handlung unter Strafe stellen.

Die strafbegründende Analogie wurde dann als unzulässig angesehen, sofern man darunter die Gewinnung von neuen Straftatbeständen kraft Analogieschlusses versteht. Die extensive Interpretation dagegen wurde für zulässig betrachtet, sofern das Ergebnis sich innerhalb des Gesetzes hält. Der Ausschluß des strafbegründenen Gewohnheitsrechts wurde aus der Aufrechterhaltung des Rechtssatzes nullum crimen sine lege gefolgert. Bei der Rückwirkung von Strafgesetzen, die eine vorher verbotene aber straflose Handlung unter Strafe stellen, wurde eine Ausnahme von dem Grundsatz nullum crimen sine lege im Interesse der materiellen Gerechtigkeit erwogen. Ausgangspunkt für die Entscheidung dieser Frage war aber

die Erkenntnis, daß er sich hierbei um wenige Ausnahmefälle handelt, die die Aufgabe des Rechtssatzes nullum crimen sine lege nicht rechtfertigen.

Damit war als Ergebnis gewonnen, daß der beschränkt-totale Staat in dem inhaltlich entwickelten Sinne an dem Rechtssatz nullum crimen sine lege festhält. Daher konnte die heute in Art. 116 RV und in § 2 Entwurf v. 1927 enthaltene Reglung auch für den national-völkischen Rechtsstaat anerkannt werden, obwohl, wie dargelegt, deren Begründung eine wesentlich andere ist. Hieraus ergibt sich de lege ferenda als Gesetzesvorschlag:

I. Eine Handlung kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit vor ihrer Begehung gesetzlich bestimmt war.

Der zweite Rechtssatz nulla poena sine lege, der über die Verwirklichung eines bereits entstandenen Strafanspruchs aussagt, enthält das Verbot der Rückwirkung von strafschärfenden Gesetzen und das Verbot von absolut-unbestimmten Strafen. Er war ebenso wie der Rechtssatz nullum crimen sine lege eine Forderung des politischen Liberalismus und diente weitgehendst zur Sicherung der individuellen Freiheit. Dieser Grundtatsache liberal-rechtsstaatlichen Lebens wurden die Erfordernisse einer national-rechtsstaatlichen Wirklichkeit entgegengesetzt. Es entspricht dem nationalen Rechtsstaat, dem völkischen Führer- und Gemeinschaftsstaat, wenn zwecks Aufrechterhaltung der Volks- und Rassengemeinschaft die Verstöße gegen seine Gesetze mit materiell gerechten Strafen belegt werden. Nur vom Staate her kann die Strafe bestimmt werden; der Verbrecher hat kein Recht auf diese. Wenn der Rechtsverletzer erst einmal die vom Staate zur Aufrechterhaltung der Volks- und Rassengemeinschaft gesetzte Norm übertreten hat, so entspricht es dem Führerprinzip, wenn er nun für sein Tun voll einsteht. Die Strafwürdigkeit seines Handelns verlangt eine materiell gerechte Strafe. Diese braucht nicht immer durch das bestehende Gesetz gewährleistet sein. Daher muß der Staat das Recht haben, strafschärfende Gesetze mit rückwirkender Kraft zu erlassen. Diese dienen der materiellen Gerechtigkeit, da sie die im Kreise der Volksgenossen bestehende Auffassung aussprechen, die Strafe für irgendeine strafbare Handlung entspreche nicht der Strafwürdigkeit dieses Tuns. Diese Sachlage wird immer dann vorhanden sein, wenn der Staat zur Erkenntnis gelangt, die für eine bestimmte strafbare Handlung angedrohte Strafe entspreche nicht dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit.

Dieser Überzeugung hat nun der Staat Ausdruck zu verleihen. Er muß daher die Rückwirkung von Strafgesetzen aus-

drücklich von Gesetzes wegen bestimmen. Unterläßt dies der Gesetzgeber, so bringt er damit zum Ausdruck, für die vor Erlaß des neuen Gesetzes begangenen strafbaren Handlungen sei die alte Strafe zur Abgeltung ausreichend. In diesem Falle verbleibt es also bei der Anwendung des alten milderen Gesetzes. Ebenso muß der Staat ausdrücklich die Rückwirkung des milderen neuen Gesetzes bestimmen; denn auch hier kann der Staat zur Auffassung gelangen, daß zur Ahndung der vor Inkrafttreten des neuen milderen Gesetzes begangenen strafbaren Handlungen die Strafe des alten Gesetzes notwendig sei. Wenn der Staat jedoch meint, die alte schärfere Strafe entspreche nicht mehr dem Staatszweck, so kann er durch Bestimmung der Rückwirkung des neuen milderen Gesetzes dieser seiner Meinung Ausdruck geben. Als Grundsatz ist daher de lege ferenda aufzustellen, daß immer das Gesetz der Begehungszeit anzuwenden ist, das neue Gesetz nur dann, wenn der Gesetzgeber deren Rückwirkung ausdrücklich festlegt. Diese beiden Prinzipien sind etwa in folgender Fassung in das neue Strafgesetzbuch aufzunehmen:

II. Auf eine Straftat ist das Gesetz zur Zeit der Begehung der Tat anzuwenden. Bei Wechsel der Gesetzgebung ist das neue Gesetz auf die noch nicht abgeurteilten unter der Herrschaft des alten Gesetzes begangenen Straftaten dann anwendbar, wenn deren Rückwirkung gesetzlich bestimmt ist.

Das Verbot der absolut-unbestimmten Strafen wurde auch nach der Auffassung des beschränkt-totalen Staates für notwendig angesehen; denn der Richter als Glied des Volksganzen muß an die Normen gebunden sein, die der Staat setzt. Der Staat nun, der durch seine Gesetze der Aufrechterhaltung der Volks- und Rassengemeinschaft dient, hat ein Interesse daran, das richtige Verhältnis von Verbrechen und Strafe zu bestimmen. Nur so kann das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit verwirklicht werden. Absolut-unbestimmte Strafen würden aber einen gerechten Maßstab hierfür erschweren oder gar unmöglich machen. Nur wenn der Staat dem Richter durch Setzung eines Strafrahmens Weisung für die Strafzumessung gibt, ergänzen sich Gesetzgeber und Richter bei Verwirklichung des Prinzips der materiellen Gerechtigkeit. Eine Wandlung in der Anschauung über die Strafwürdigkeit eines bestimmten strafbaren Tuns kann der Staat von sich aus durch Erlaß rückwirkender strafschärfender Gesetze Ausdruck geben. Es entspricht also den Grundprinzipien des nationalen Rechtsstaates, dem Richter die Strafzumessungstätigkeit nur innerhalb des vom Staate festgesetzten Rahmens zu belassen. Dieser Grundsatz braucht nicht ausdrücklich im Gesetz festgelegt zu werden; denn das

Gesetz ist nur Weisung für den Richter, der es anwendet. Wenn nun der Staat ihm bei den einzelnen Strafen den Rahmen gibt, so muß der Richter sich innerhalb dieses Rahmens halten. Er darf weder darüber hinausgehen, noch geringere Strafen festsetzen, als die untere Grenze angibt. Wenn nun aber der Staat ein Strafgesetz mit absolut-unbestimmten Strafen erläßt, so würde dieses gegen die oben entwickelten Grundprinzipien des beschränkt-totalen Staates verstoßen und damit nichtig sein.

Als Grundergebnis dieser Untersuchung ist somit die Erkenntnis gewonnen, daß der absolut-totale Staat die völlige Streichung der beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege und nulla poena sine lege verlangt. Der beschränkt-totale Staat dagegen hält an dem Rechtssatz nullum crimen sine lege fest und verwirft den Rechtssatz nulla poena sine lege insoweit, als Rückwirkung von strafschärfenden Gesetzen verboten ist. Die absolut-unbestimmte Strafe dagegen widerspricht den Grundsätzen des beschränkt-totalen Staates. Ein Strafgesetz mit absolut unbestimmten Strafen ist daher nichtig. Der Staat hat damit zu Händen des Richters den Strafzumessungsrahmen gesetzlich festzulegen.

Lebenslauf.

Am 5. Februar 1910 wurde ich als Sohn des Zollsekretärs i. R. August Förster und seiner Ehefrau Bertha, geb. Pohl in Botzanowitz, Kreis Rosenberg OS geboren. Nach vierjährigem Besuch der Grundschule trat ich Ostern 1920 in die Sexta der heutigen Eichendorff-Oberrealschule ein und bestand dort Ostern 1929 die Reifeprüfung.

Im Sommer-Semester 1929 ließ ich mich bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität Breslau einschreiben. Ich studierte sieben Semester, davon je eins in Wien und Berlin, die übrigen in Breslau. Hier legte ich auch vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts Breslau am 22. Juli 1933 die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit November 1933 durchlaufe ich die juristische Ausbildung. Nach einem sechsmonatlichen Ausbildungsabschnitt am Amtsgericht Namslau bin ich nunmehr beim Landgericht Breslau tätig. Zwischendurch bestand ich am 11. Mai 1934 die mündliche Doktorprüfung.